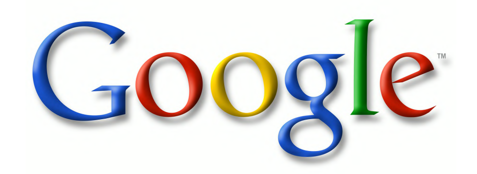





B.
EX LIBRIS
JOHN CHIPMAN GRAY





2nd copy Germany

TRADITIO FICTA.

EIN BEITRAG

ZUM HEUTIGEN CIVILRECHT

AUF GESCHICHTLICHER GRUNDLAGE.

VON

DR. JOHANNES BIERMANN,

PRIVATDOCENT AN DER UNIVERSITÄT BERLIN UND GERICHTSASSESSOR.

STUTTGART.
VERLAG VON FERDINAND ENKE.
1891.

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

MEINEM HOCHVEREHRTEN LEHRER

HERRN

GEH. JUSTIZRAT PROF. DR. DERNBURG

IN DANKBARER ERGEBENHEIT.



Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Man mag den Blick wenden, wohin man will, überall wird man Bewegung, nirgendwo Stillstand sehen. Betrachtet man die Natur, so findet man hier alles in fortwährendem Flusse begriffen, Organisches wie Anorganisches ist einer fortwährenden Veränderung unterworfen. Aber stärker tritt dieses ewige Entstehen und Vergehen in den menschlichen Einrichtungen hervor. Alles ist hier vorübergehend, nichts dauernd. Durch Aenderung der äusseren Bedingungen ändert sich die menschliche Denkungsart und mit dieser das Handeln. Auch das Recht ist dieser Vergänglichkeit unterworfen, die Zwangsgewalt, die mit ihm verbunden ist, kann es dieser Vergänglichkeit nicht entziehen. Die Aenderung der Verhältnisse des Verkehrs, dessen selbstgeschaffene Form das Recht ist, ändert auch dieses, teils direkt, wenn dem Gewohnheitsrechte verbindliche Kraft beigelegt ist, teils indirekt durch Beeinflussung der Gesetzgebung. Es kann nichts Treffenderes geben, als der Ausspruch Savigny's[1]): „So wie für die Sprache,

[1]) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Heidelb. 1814) S. 11. Vgl. auch Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. I (2 A. Heidelb. 1834) S. 21: „Das eigentümliche Recht eines Volkes kann so wenig als die Sprache in einen feststehenden Begriff gefasst werden, da sein eigentliches Wesen vielmehr in ununterbrochener Bildung und

giebt es auch für das Recht keinen Augenblick eines absoluten Stillstandes, es ist derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen, wie jede andere Richtung des Volkes, und auch diese Entwicklung steht unter demselben Gesetz innerer Notwendigkeit wie jene früheste Erscheinung."

Es ist leicht zu sehen, was aus dieser Natur des Rechts für die wissenschaftliche Behandlung speziell des heutigen römischen Civilrechts folgt. Es folgt aus ihr, dass man sich niemals damit begnügen darf, das corpus juris civilis zu interpretieren und die Resultate dieser Interpretation als geltendes Recht zu verkünden, dass man vielmehr bei jedem Rechtsinstitute, bei jedem Rechtssatze untersuchen muss, ob und wie weit eine Modifikation in der Zeit von Justinian bis zu uns eingetreten ist. Es ist zuzugeben, dass es Rechtsinstitute und Rechtssätze giebt, die sich auch heutzutage noch in demselben Zustande befinden, wie zur Zeit Justinians, aber diese Beharrlichkeit ist jedesmal zu beweisen, die Vermutung streitet stets gegen dieselbe. So wäre schon zu verfahren, wenn das corpus juris civilis unser Gesetzbuch wäre, um so mehr ist so zu verfahren, da das römische Recht, worüber heutzutage kaum noch Streit herrscht, bei uns nur als Gewohnheitsrecht gilt, und da die unmittelbare Grundlage dieses Gewohnheitsrechts gar nicht einmal das corpus juris civilis, sondern das ist, was die Theorie der mittelalterlichen Juristen, der Glossatoren und Postglossatoren, aus dem corpus juris civilis gemacht hat. Denn wenn man betrachtet, was in Deutschland im 15. und 16. Jahrhundert in der Theorie als römisches Recht gelehrt und in der Praxis als römisches Recht geübt worden ist, so kann darüber gar kein Zweifel sein, dass dasselbe in der Gestalt in

---

Entwicklung besteht"; ferner das. Bd. VI S. 474, Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. I S. 3 flg.

Deutschland recipiert worden ist, welche es unter der Lehre der Glossatoren und Postglossatoren angenommen hat [2]), und welche von der des reinen römischen Rechts teilweise recht verschieden war.

Auch Savigny [3]) ist ganz damit einverstanden, dass bei der Darstellung des gemeinen Rechts auch die Modifikationen, welche das römische Recht bis auf

---

[2]) So auch Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. II (Braunschw. 1864) S. 124; Fitting, Das castrense peculium (Halle 1871) S. 583, 641; Heusler, Die Gewere (Weimar 1872) S. 446; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abth. I (Münch. und Leipz. 1880) S. 49; Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern (Leipz. 1880) S. 356; Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. III (Berlin 1881) S. 645 f. u. a. Auch Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum (Leipz. 1883) nimmt dies an, indem er in der Einleitung S. 9 zutreffend bemerkt, es sei allgemein anerkannt, „dass bei der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland nicht sowohl das reine römische, als vielmehr ein durch die Lehre der Glossatoren und Postglossatoren eigentümlich abgeändertes und besonderen mittelalterlichen Zuständen angepasstes Recht aufgenommen ist.“ In der Anm. 3 aber bricht er diesem Satze die Spitze ab durch die Worte: „Freilich nie so, dass die sich aus diesem Vorgange ergebende Gestalt desselben auch rechtsverbindend für Deutschland gewesen wäre; die Herrschaft der italienischen Jurisprudenz war vielmehr eine bloss faktische, durch die Art und Weise des Rezeptionsprozesses bedingte. Sobald man sich in Deutschland stark genug fühlte, selbständig die Quellen des römischen Rechts zu interpretieren, war man dazu zweifelsohne berechtigt.“ Dass man in Deutschland berechtigt war, selbständig die Quellen des römischen Rechts zu interpretieren, ist allerdings nicht zu bestreiten. Aber die Frage ist die, ob das Resultat dieser Interpretation, selbst wenn sie den Sinn des corpus juris durchaus richtig wiedergiebt, so ohne weiteres als geltendes Recht anzuerkennen ist, und diese Frage ist zu verneinen. Es muss erst nachgewiesen werden, dass diese neue Interpretation auch in der Praxis Eingang gefunden und hier das frühere Recht verdrängt hat. Bei einem Teile der Savigny'schen Besitzlehre z. B. ist dies unzweifelhaft der Fall gewesen.

[3]) Beruf S. 118.

unsere Zeit erlitten hat, berücksichtigt werden. Er teilt den Stoff des gemeinen Rechts in drei Teile, in römisches Recht, germanisches Recht und neuere Modifikationen beider Rechte, und sagt, dass sich auf dem langen Wege, welchen das römische und das germanische Recht bis zu uns habe zurücklegen müssen, natürlich vieles ganz anders gestaltet und entwickelt habe, teils nach wirklich volksmässigem Bedürfnisse, teils auf mehr litterarische Weise unter den Händen der Juristen, und dass letzteres überwiegend sei. Dann fährt er fort: „Ein vorzügliches Bestreben dieses dritten Teils unserer Wissenschaft muss darauf gerichtet sein, den gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was durch blosse Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten ohne alles wahrhaft praktische Bedürfniss hervorgebracht ist.“ Diese Ansicht von dem Hauptzwecke der Dogmengeschichte des römischen und germanischen Rechts während des Mittelalters und der Neuzeit wird man nicht teilen dürfen. Die Hauptaufgabe derselben muss vielmehr die sein, zu untersuchen, ob die einzelnen Dogmen, die Lehrmeinungen, auch wirklich Recht geworden sind. Der Ursprung der Lehrmeinungen ist hierbei gleichgültig [4]).

Savigny hat nun aber in seinen Civilrechtswerken die Modifikationen des römischen Rechts auch nicht einmal zu dem von ihm angegebenen Hauptzwecke berücksichtigt. Sein System des heutigen römischen Rechts [5]), sein Obligationenrecht, sein Recht des Besitzes enthalten, obgleich sie die Prätension erheben, heutiges Recht darzustellen, im wesentlichen nur das Recht Justinians. Damit ist Savigny in direkten Widerspruch zu seinen eigenen Grundanschauungen über das Wesen

---

[4]) Vgl. gleich unten S. 6 und Fitting a. a. O. VIII und S. 642.

[5]) Vgl. die Rezension von Rosshirt in dessen Zeitschr. f. Civil- und Criminalrecht Bd. V S. 71 flg.

des Rechts getreten[6]). Und seinem Vorgehen ist der grösste Teil der späteren romanistischen Theoretiker gefolgt. In Systemen sowohl wie in Monographien bemüht man sich, das geltende Recht durch blosse Interpretation des corpus juris civilis festzustellen. Fast trivial klingt es, wenn Dernburg[7]) darauf hinweist, dass die Rechtssätze der Pandekten eine Entwicklungsgeschichte von über zwei Jahrtausenden besitzen, und doch wie häufig ist diese Wahrheit vergessen worden! Wenn man das Verfahren der Postglossatoren naiv nennt, die das corpus juris civilis als ein noch geltendes Gesetzbuch betrachteten, aber bei der Interpretation desselben von den Anschauungen ihrer Zeit ausgingen, so ist das geschilderte Verfahren in einem gewissen Sinne noch naiver. Man giebt zwar zu, dass das corpus juris nicht unser Gesetzbuch ist, aber man behandelt es ganz wie ein modernes Gesetzbuch. Bei der Interpretation geht man aber nicht, wie die Postglossatoren, von den Anschauungen der Zeit aus, sondern man verfährt dabei durchaus im römischen Geiste, und dennoch verlangt man, dass das Produkt dieser Interpretation als geltendes Recht anerkannt und angewandt werde. Freilich fehlt es nicht an einer, wenn auch nur scheinbaren Rechtfertigung für dieses Verfahren. Diese Recht-

---

[6]) Dies hebt mit Recht hervor C. A. Schmidt in seinem sonst wenig befriedigenden Buche: Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (Rost. 1868) S. 287 flg. Vgl. auch Bekker, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, rom. Abthlg. Bd. VI S. 87, wo er bemerkt, dass Savigny, der grosse Gegner, angeblich Besieger der naturrechtlichen Doktrin, selber noch in ihrem Banne bis ans Herz hinan gesteckt habe; und im Recht des Besitzes S. 10, wo er von Savigny's gleichnamigem Buche sagt: „Auch das ablehnende Verhalten wider die Neubildungen des gemeinen Rechts ist ungeschichtlich.“ Vgl. auch bei W. Moddermann, Die Rezeption des römischen Rechts (Jena 1875), die Anmerkung des Herausgebers Karl Schulz auf S. 107.

[7]) Pandekten (2. A. Berlin 1888) Bd. I Vorrede IV.

fertigung liegt in dem Satze, dass Rechtsirrtum die Bildung des Gewohnheitsrechts verhindere. Es ist hier nicht der Ort, sich über die Haltlosigkeit dieses Satzes zu verbreiten. Schon seine Konsequenzen widerlegen ihn. Denn nimmt man ihn an, so muss man die Rezeption des römischen Rechts überhaupt leugnen. Denn diese Rezeption beruht auf lauter Rechtsirrtum, vor allem auf der Idee der Kontinuität des römischen und deutschen Kaisertums. Gewiss wird niemand die gewaltigen Verdienste, welche die einseitig romanisierende Richtung der historischen Schule sich um die juristische Wissenschaft erworben hat, leugnen, aber man darf auch nicht vergessen, dass die völlige Trennung von Theorie und Praxis ebenfalls eine Folge der Herrschaft dieser Richtung gewesen ist [8]), und dass diese Trennung die Theorie gar oft zu zweckloser Begriffsspalterei geführt, die Praxis aber vielfach zum juristischen Handwerk degradiert hat [9]), und ebensowenig darf man vergessen, dass es dieser Richtung zuzurechnen ist, wenn sich auch die Gesetzgebung von der Leitung der Theorie losgesagt hat, und wo sie dies nicht gethan, der Volkstümlichkeit entbehrt.

Man muss also sozusagen Savigny'scher sein als Savigny selber, man muss seine ewig wahre Auffassung von der Natur des Rechts auch der Darstellung des heutigen römischen Rechts zu Grunde legen und deshalb die Entwicklung des römischen Rechts während des Mittelalters und der Neuzeit in eingehendster Weise zum Gegenstande der Betrachtung machen. Dies ist der Weg, um durch das römische Recht wirklich über

---

[8]) So auch Landsberg in der Lebensbeschreibung Rudorff's in der allg. deutsch. Biographie (Bd. XXIX S. 581).

[9]) Vgl. auch hier wieder die treffenden Ausführungen Fitting's a. a. O. S. 639, sowie Sohm, Fränkisches Recht und römisches Recht, Zeitschr. der Savigny-Stiftung. Germ. Abthlg. Bd. I S. 79 flg.

das römische Recht hinauszukommen. Mit Recht sagt Rosshirt[10]): „Nur durch die Dogmengeschichte kann wieder der Weg gebahnt werden zu einer festen gemeinen Meinung, zu einer wahrhaften Historie unseres Rechtes“ [11]). Gethan ist hier bis jetzt sehr wenig, ein weites Feld liegt hier dem juristischen Fleisse noch offen.

Schon aus dem, was über den Charakter der Rezeption gesagt worden ist, geht hervor, dass die zum Zwecke der Kenntnis des heutigen Rechts unternommene Darstellung der Geschichte des römischen Rechts eine andere sein muss, je nachdem es sich um die Zeit vor und nach der Rezeption handelt. Bis zur Rezeption ist für uns vorzugsweise die juristische Theorie von Bedeutung. Denn nicht die italienische Praxis, sondern die italienische Theorie ist in Deutschland rezipiert worden, für die der Rezeption voraufgehende Zeit ist also hauptsächlich die juristische Theorie darzustellen. Von Beginn der Rezeption an kommt es dagegen naturgemäss darauf an, festzustellen, welche Rechtssätze thatsächlich in Uebung gewesen sind. Hierzu bedarf es vorzugsweise einer Erforschung der juristischen Praxis, eine Darstellung der blossen Dogmengeschichte genügt hier nicht; immerhin darf aber auch wenigstens für die früheren Jahrhunderte die Kenntnis der Theorie nicht vernachlässigt werden; denn was uns über die Praxis

---

[10]) Dogmengeschichte des Civilrechts. Heidelb. 1853 S. 5. Rosshirt selber hat freilich für die von ihm gestellte Aufgabe wenig genug geleistet. Sein Werk ist die Dürftigkeit selber. Die ganze reiche Lehre der italienischen Juristen über das constitutum possessorium erledigt er z. B. auf kaum einer Seite, und selbst dies geschieht nicht ohne Fehler. Auch darf man nicht vergessen, dass die Dogmengeschichte noch nicht die Geschichte des Rechts selber ist (vgl. Heusler a. a. O. S. 317).

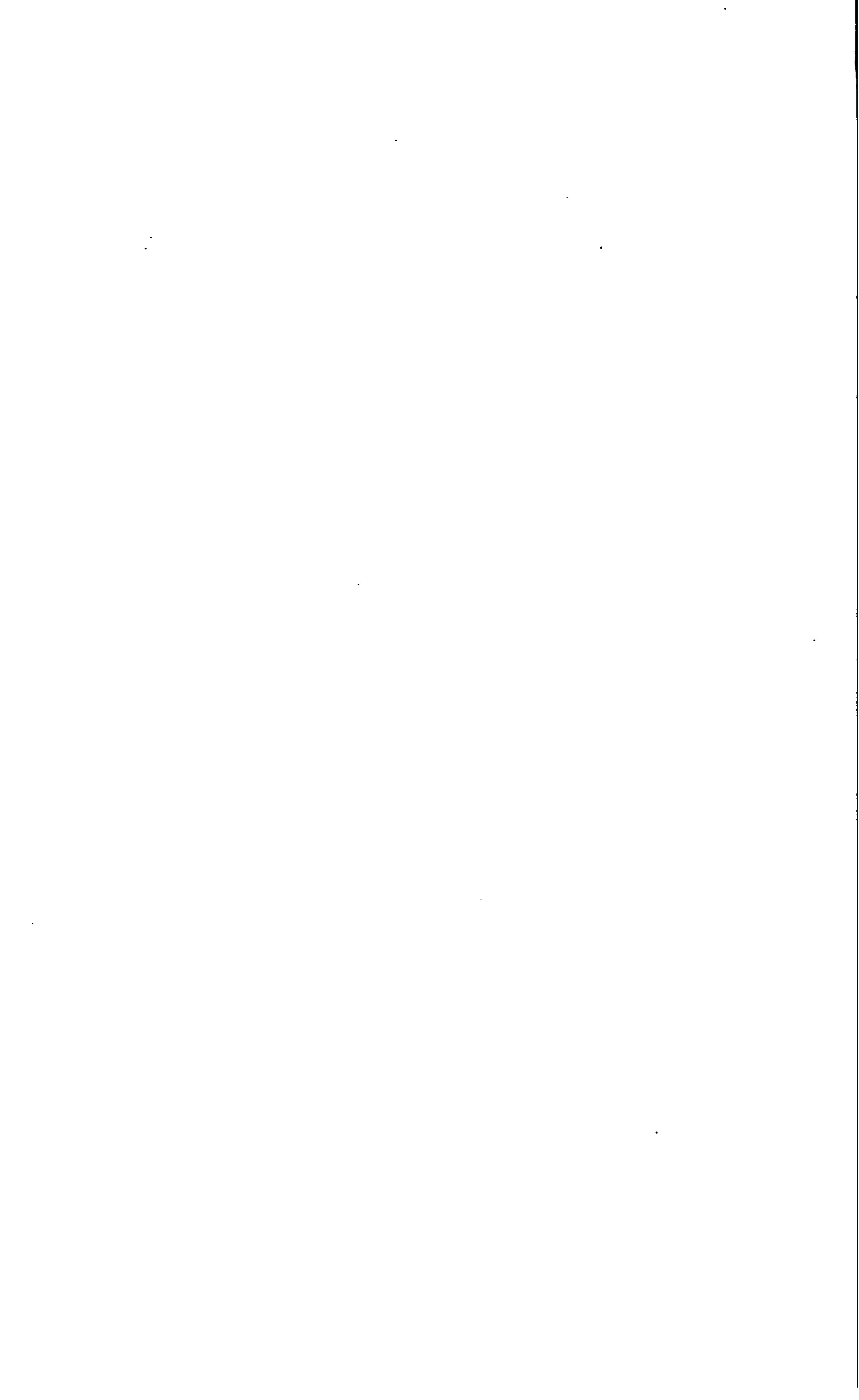
[11]) Vgl. auch Bekker, Zeitschr. der Savigny-Stiftung. Rom. Abthlg. Bd. VI S. 89; Landsberg in der Biographie Rudorff's.

dieser Zeit überliefert worden, ist dürftig und bedarf der Ergänzung aus der Theorie, eine Ergänzung, die bei dem Hand-in-Handgehen beider während dieser Periode durchaus zulässig ist.

Die Wahl des Titels bedarf einer gewissen Entschuldigung. Er ist nicht umfassend genug, es soll mehr geboten werden, als er verspricht; es soll die Geschichte des corpus apprehensionis bei der Tradition behufs Feststellung seines Begriffs im geltenden gemeinen Recht zur Darstellung gebracht werden, die Lehre von der traditio ficta war nur die wichtigste Folge einer zeitweiligen Auffassung der juristischen Theorie von diesem corpus.

Buch I.

Bis zur Rezeption des römischen Rechts in Deutschland.



Kapitel 1.

Die Grundlagen.

Im corpus juris civilis sind eine Reihe von Thatbeständen dargestellt, in welchen sich ein Besitzerwerb auf Grund von Tradition ohne eine unmittelbar körperliche Handlung des Erwerbers vollzieht. Es sind die folgenden:

I. Die Niederlegung im Hause des Erwerbers.

L. 9 § 3 D. d. jur. dot. 23, 3 (Ulpian): „Quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur?"

L. 18 § 2 D. d. A. v. A. P. 41, 2 (h. t.) (Celsus): „Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit."

II. Die Aufstellung einer Wache.

L. 51 D. h. t.: „Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et

cuilibet jusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere an, etiamsi corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda."

III. Die Schlüsselübergabe.

§ 45 J. d. R. D. 2, 1, l. 9 § 6 D. d. A. R. D. 41, 1 (Gajus): „Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem."

L. 74 D. d. C. E. 18, 1 (Papinian): „Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur."

L. 1 § 21 D. h. t. (Paulus) i. f. „... et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint."

IV. Die Uebergabe der Erwerbsurkunden.

L. 1 C. d. don. 8, 53 (54) (210): „Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intelligis et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere."

V. Die Zeichnung des Veräusserungsobjekts.

L. 14 § 1 D. d. P. e. C. R. V. 18, 6: „Videri autem trabes traditas quas emptor signasset".

Hiermit in scheinbarem Widerspruch [1]) stehend:

[1]) Ueber die Lösung desselben siehe Kohler, Das Signieren

L. 1 § 2 eod.: Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri. Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur."

VI. Die Traditionserklärung angesichts des Veräusserungsobjekts.

L. 31 § 1 D. d. don. 39, 5 (Papinian): „Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas filiae quae praesens fuit donatas et ab ea viro traditas videri respondi.

L. 1 § 21 D. h. t.: „Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare, non est enim corpore et (t)actu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint."

L. 18 § 2 D. h. t. (Celsus): „Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem."

L. 79 D. d. solut. et lib. 46, 3 (Javolenus): „Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est".

---

als Besitzergreifungsakt in Grünhut's Zeitschr. Bd. XII S. 1 flg. Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht in den Festgaben für v. Gneist (Berlin 1888) S. 77 Anm. 43.

VII. Die sog. traditio brevi manu. Der bisherige Detentor wird Besitzer.

§ 44 J. d. R. D. 2, 1: Interdum etiam sine traditione nuda voluntas sufficit domini ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim adquiritur tibi proprietas perinde ac si eo nomine tradita fuisset.

L. 9 § 1 d. P. i. r. a. 6, 2 (Ulpian): Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

L. 9 § 9 D. d. R. C. 12, 1 (Ulpian): Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse ajunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

L. 62 Pr. d. ev. et stip. 21, 2 (Celsus): Si rem quae apud te esset, vendidissem tibi: quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet.

L. 9 § 5 D. d. A. R. D. 41, 1 (Gajus): Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.

L. 3 § 20 D. h. t. (Paulus): Sed si is qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videtur causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

VIII. Das sog. constitutum possessorium. Der bisherige Besitzer wird Detentor.

L. 18 Pr. D. h. t. (Celsus): Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

Als Anwendungsfälle des hier aufgestellten Prinzips werden angesehen:

1. Die Veräusserung unter Vorbehalt der Miete:

L. 77 D. d. R. V. 6, 1: Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula emitteretur, quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

L. 75 D. d. C. E. 18, 1: Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel si vendat, non alii sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.

L. 21 § 4 D. d. A. E. V. 19, 1: Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit.

L. 19 Pr. D. h. t.: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit: quaero, utrum desinat possidere an non. Respondi: in promptu est, ut possidere desierit.

L. 21 § 3 D. eod.: Qui alienam rem precario regavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur.

2. Die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs:

L. 28 C. d. don. 8, 53 (54) (417): Quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usum fructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, ne quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omnimodo idem sit in his causis usum fructum retinere, quod tradere.

L. 35 § 5 eod. (530): Sed si quidem in omnibus supra dictis casibus usus fructus fuerit a donatore retentus, et traditionem jure intellegi fieri.

3. Die Veräusserung unter Vorbehalt des prekaristischen Besitzes.

L. 6 Pr. D. pr. empt. 41, 4: Qui cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest: quid porro inter eas res interest, cum utrubique desinat ex prima causa possidere, qui precario vult habere?

L. 6 § 3 D. d. prec. 43, 26: Julianus ait eum, qui vi alterum dejecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate ejus quem dejecit, coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere.

L. 22 Pr. D. eod.: Si is qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceret, vel is qui alienam rem emisset, dominum rogaverit: apparet eos precario possidere. Nec existimandos mutare sibi causam possessionis, quibus a domino concedatur precario possidere: nam et si id quod possideas alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere: et contra si possessorem precario rogaverit qui rem avocare ei posset, teneri cum precario, quoniam aliquid ad eum per

hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio, quae aliena sit.

4. Die Vermögensvereinigung durch Eingehung einer societas omnium bonorum.

L. 1 § 1 l. 2 D. pr. soc. 17, 2: In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur. Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

Dies sind die Stellen, an welche die spätere Entwicklung angeknüpft hat.

Kapitel II.

Bis zu den Glossatoren.

§ 1.

Die vorglossatorische Praxis.

Die romanistische Praxis des früheren Mittelalters ist über das geschriebene Recht insofern hinausgegangen, als sie die Uebertragung von Besitz und Eigentum an die Einhändigung der den entsprechenden Willen des bisherigen Besitzers zum Ausdruck bringenden Veräusserungsurkunde geknüpft hat. Es geschah dies allerdings vorzugsweise, und in dem für unsere Untersuchung wichtigsten Gebiete, der Romagna, wo das römische Recht als Territorialrecht galt[1]), anscheinend sogar ausschliesslich nur bei Grundstücken, deren körperliche Tradition im allgemeinen beschwerlicher ist als die der Mobilien. „Den Urkundungsakt auf dem Grundstücke selbst vorzunehmen und die erfolgte Tradition in der Urkunde zu vermerken, mochte in vielen Fällen grosse Schwierigkeiten verursachen, weil die Anwesenheit der Parteien, des Tabellio und der Zeugen erforderlich war,

---

[1]) Vgl. hierüber Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens Bd. III (Innsbr. 1872) S. 72 und Laferrière, Histoire du droit civil de Rome et du droit français (Par. 1846 flg.) Bd. III S. 282, siehe auch v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. II § 73 S. 207 und über die uns erhaltenen Urkunden aus diesem Gebiete Bd. II § 66 S. 187.

und speziell die Verkaufsurkunde die bei dem Urkundungsakte erfolgte Zahlung des Kaufpreises zu konstatieren pflegte, so dass auch der etwa zugezogene argentarius oder numerator auf dem Grundstück hätte zugegen sein müssen. Und doch hatte der Erwerber ein naheliegendes Interesse, den urkundlichen Beweis für die Erfüllung sämtlicher Erfordernisse der Uebereignung in Händen zu haben" [2]).

In der Romagna gelangte man zu der in Rede stehenden Traditionsart ausserdem erst von einer Vorstufe aus. Diese Vorstufe war die Veräusserung mit fingiertem Niessbrauchsvorbehalt [3]). Der Niessbrauch wird hier auf ganz kurze Zeit, auf wenige Tage, vorbehalten. Thatsächlich fühlt sich der Veräusserer aber auch nicht einmal während dieser kurzen Zeit als Niessbraucher oder gar als Stellvertreter des Erwerbers, der Niessbrauchsvorbehalt ist blosse Fiktion, lediglich dazu bestimmt, die körperliche Tradition resp. die praesentia des Veräusserungsobjekts zu vermeiden. Klar geht dies hervor aus der allen diesen Veräusserungsurkunden eigentümlichen Bemerkung, dass die ususfructus retentio der Wirkung nach der „sollemnis et corporalis traditio" gleichstehe.

Veräusserungen mit fingiertem Niessbrauchsvor-

---

[2]) Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde (Berlin 1880) S. 127.

[3]) Siehe über dieselbe Brunner S. 116 flg.; wirklich beabsichtigt ist der Niessbrauchsvorbehalt, wenn derselbe auf die Lebenszeit des Veräusserers erfolgt. Beispiele bei Spangenberg, Juris Romani Tabulae negotiorum sollemnium (Lips. 1822) S. 158 flg.; Marini, I Papiri diplomatici (Roma 1805) nr. 84, 87, 88, wohl auch nr. 90, 91, 110. Asher, Die Begründung des Ususfructus (Berl. 1862) S. 132 nimmt an, der Zusatz: „temporibus vitae nostrae, dierum vitae suae u. s. w." sei vermutlich im 5. Jahrhundert erfunden worden, um den wirklichen Ususfructus von dem damals üblichen fingierten auf 5, 10, 15 oder 30 Tage zu unterscheiden.

behalt kommen seit dem 6. Jahrhundert vor[4]); zuerst Schenkungen, denn die jetzt die l. 28 C. d. don. bildende Verordnung von Honorius und Theodosius erwähnte nur Schenkungen und Dosbestellungen, das „vendendo“ ist erst von Justinian hinzugefügt worden. Doch ist uns auch hier nur eine Urkunde erhalten, die noch vor der Einführung der Justinianischen Gesetzbücher in Italien abgefasst ist; sie betrifft die Schenkung einer Gotin Runilo an die Kirche von Ravenna und datiert vom Jahre 553[5]). Von späteren Schenkungen mit fingierter usus fructus retentio sind die des Diakons Gregorius an das Kloster des heiligen Andreas zu Rom vom Jahre 587[6]) und die der Sisevera an die Kirche von Ravenna aus dem 6. Jahrhundert[7]) zu

[4]) In der Schenkung des Odoaker an Pierius vom Jahre 489 (bei Marini nr. 82, Spangenberg S. 164 flg.) findet sich ein fingierter Niessbrauchsvorbehalt noch nicht.

[5]) Marini nr. 86, Spangenberg S. 183 flg.: „Ergo quae tradenda erant, tradidimus, quae mancipanda erant, mancipavimus: huic tam legaliter perfectae donationi dolum malum abesse afuturumque esse promittimus, quarum rerum supra scriptarum triginta dierum ususfructus est nobis pro traditione solemnitate retentio.“

[6]) Marini nr. 89, Spangenberg S. 196 flg.: „dono, cedo, trado et mancipo et ex meo jure in vestro jure dominioque transscribo... De quibus ... quinque mihi dierum retineo usumfructum, quae retentio ipsius ususfructus praefato Monasterio ejusque auctoribus pro sollemni et legitima traditione constare sanxerunt, post transactum vero usumfructum meum superius designatum antefatum Monasterium habeat, teneat, possideat jure dominioque suo in perpetuum vendicet et defendat.“

[7]) Marini nr. 93, Spangenberg S. 212 flg.: „... in potestatem perpetem transscribo, cedo, trado et mancipo,“ „ita et a me traditur a praesenti die supra scriptae sanctae ecclesiae Rav. pro remedium animae meae imperpetuo possidendum.“ „De quam praefatam portionem meam ... retineo mihi usufructu dierum decem, quod possit supradictae sanctae Rav. ecclesiae, actoribusque ejus, ut leges censeunt, pro sollemni et corporali traditione constare“

nennen. Nachdem Justinian seine Rechtssammlung auch in Italien eingeführt hatte, fand der fingierte Niessbrauchsvorbehalt auch in die Kaufurkunden Eingang. Erhalten sind uns: der Grundstücksverkauf des Dominus an Deusdedit V. C. Palatino sacrarum largitionum vom Jahre 572[8]), der des Deusdedit an Holdiger aus dem 6. Jahrhundert[9]), der der Rusticiana an Johannes vom Jahre 591[10]) und ein Grundstückskauf aus der Zeit zwischen 616 und 619[11]). Die

---

[8]) Marini nr. 120, Spangenberg S. 273 flg.: „Constat eum hoc die ... distraxisse et distraxit, atque tradidisse et tradedit... ejus instrumenta anteriores simul cum praesenti instrumento comparatori de praesenti contradidit firmandi dominii causa ... in quam vacuam a se possessionem quinque unciarum fundi supra scripti Curtini ... q. s. venditor eundem emptorem, actoresve ejus in rem ire, mittere, ingredi possidereque permisit, seseque ac suos omnes inde exisse et excessisse discessisseque dixit ... de quibus unciis superius designatis sibi supra scriptus venditor usumfructum retenuit dierum triginta, quod possit emptori, ut leges censent ... sollemni traditione constare."

[9]) Marini nr. 121, Spangenberg S. 278 flg.: „... atque supra scripto comparatori tradentur, ac se suosque omnes exinde exisse, excessisse discessisseque dixit et supra scriptum comparatorem hominesque ejus in rem supra scriptam ingredi, habere, tenere, possidere, vendere, donare, commutare ac suo juri in perpetuo vendicare permisit ... reservat sibi supra scriptus venditor usumfructum rei dierum triginta, quod supra scripto comparatori pro sollemni et corporale traditione constavit."

[10]) Marini nr. 122, Spangenberg S. 282 flg.: „constat eos hoc die cum communi consensu distraxisse et distraxerunt, tradidisse et tradederunt ... hac re suosque omnes exinde ex eadem re exisse, excessisse, discessisseque dixerunt et eundem comparatorem in rem ire, mittere, ingredi possidereque pomiserunt ... De qua vero venditione, qui supra, venditores quinquem dies usumfructum sibi retenuerunt, quod denuo emptori pro sollemnem traditionem constavit."

[11]) Marini nr. 123, Spangenberg S. 286 flg.: „... De quas autem sepe dictas senas uncias principales ... his idem vendetor omnes suos inde exisse et excessisse dixit ... De quas vero

letzte bekannte Veräusserungsurkunde mit fingiertem Niessbrauchsvorbehalt ist eine Ravennater Schenkungsurkunde vom Jahre 767 [12]). Auch hier wird von der auf 15 Tage erfolgten, also nur fingierten ususfructus retentio gesagt: „quod hoc est per legem retinere, quod est tradere."

An die Stelle der Tradition durch fingierten Niessbrauchsvorbehalt trat die Tradition durch blosse Uebergabe der den Traditionswillen des bisherigen Besitzers zum Ausdruck bringenden Veräusserungsurkunde.

Veräusserungsurkunden mit Traditionserklärungen und selbständige Traditionsurkunden wurden in Rom freilich schon in älterer Zeit bei Grundstücksveräusserungen abgefasst und dem Erwerber behändigt [13]). Aber eine dingliche Wirkung war hiermit nicht verbunden. Durch keine Stelle des corpus juris civilis wird die entgegengesetzte Annahme auch nur im entferntesten unterstützt. Die von der Glosse sowie von einigen Postglossatoren in diesem Sinne verstandene l. 2 C. d. A. e. R. P. 7, 32 (h. t.) [14]) sagt nicht, dass die in dem

---

sepe dictas sex uncias principales . . . sibique vendetor usumfructum retenuerit dierum decem, quod possit supra scripto comparatori heredibusque ejus, ut leges censent, pro sollemni et corporali traditione constare videatur."

[12]) Bei Fantuzzi: Monumenti Ravennati de' Secoli di Mezzo Tomo II (Venez. 1802) nr. 1; Vesi, Documenti editi e inediti che servono ad illustrare la storia di Romagna (Bologna 1845) S. 55.

[13]) Vgl. Brunner, Urkunde S. 119 flg., und insbesondere über die diploma vacualia auch Spangenberg S. 238 Anm. 2 und Graf Pininski, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht Bd. I (Leipz. 1885) S. 319 flg. Erhaltene Urkunden siehe bei Marini nr. 114, 115, 118, 120—123.

[14]) Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem eius, quod per procuratorem emisti, non sis inductus, cum ipse proponas diu te in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse. Licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.

Instrument enthaltene Erklärung: quod tibi tradita sit possessio den Besitz übertrage. Gegen die dingliche Wirkung der Traditionserklärung[15]) spricht entscheidend das Vorkommen der sogenannten epistolae traditionis[16]). Es sind dies Urkunden, in welchen sich der Veräusserer an den Stadtmagistrat des veräusserten Grundstücks wendet und denselben bittet, dem Erwerber „ex more sollemni" die Tradition zu erteilen, die dann in formeller Weise vorgenommen[17]) und ebenfalls beurkundet wurde. Solche epistulae traditionis finden sich auch dann, wenn die Veräusserungsurkunden Traditionserklärungen enthalten[18]). Sie verschwinden mit dem Aufkommen der fingierten usustructus retentio, ein Beweis, dass die epistula traditionis keineswegs bloss ein Ausfluss des Notariatsgrundsatzes: nimia non nocent war, sondern demselben rechtlichen Bedürfnisse entsprang, dem später die fingierte ususfructus retentio in viel einfacherer Weise abhalf, dem nach Eigentums- und Besitzübertragung; hieraus folgt dann weiter, dass die blosse Traditionserklärung Eigentum und Besitz noch nicht übertrug. Dieses Resultat ergibt auch schon der Inhalt der epistulae traditionis. Regelmässig wird das Gesuch um Tradition durch die Worte begründet: „quia sola traditio ei deest"[19]); in einer epistula vom Jahre

[15]) Dagegen auch Graf Pininski S. 323. A. A., freilich in sehr zurückhaltender Weise, Bähr in den dogmatischen Jahrbüchern Bd. XXVI S. 326. Er hält es nur nicht „für unwahrscheinlich, dass die Lehre von der Uebergabe offener Grundstücke, wie sie in den Pandekten vorgetragen wird, nur noch theoretisch bestand, in der Praxis aber bereits überwunden war durch die Lehre von der Besitzeinweisung, welche in der Regel durch die in den Kaufbrief hineingesetzte Phrase, se tradidisse possessionem, ihren Ausdruck fand".

[16]) Vgl. über dieselben Brunner, Urkunde S. 122.

[17]) Vgl. Marini nr. 83, 117.

[18]) Marini nr. 115.

[19]) Marini nr. 115—117.

540 [20]) heisst es noch deutlicher: „Laudabilitas vestra dignavitur, quolibet modo aut quolibet tempore, quando eidem emptori placuerit, sollemnem traditionem celebrari, ut agnoscat ad ce deinceps omnia pertinere.“ Gar keinen Zweifel lässt eine Kaufurkunde aus dem Jahre 551 [21]), in welcher gesagt wird: „Traditionem corporalem praeterea pro translatione dominii nostri . . . fieri damus, tribuimus et concedimus licentiam.“ Natürlich soll nicht behauptet werden, dass stets eine formelle Tradition durch Abgeordnete des Stadtmagistrats zur Besitz- und Eigentumsübertragung von Grundstücken erforderlich gewesen sei, eine solche fand gewiss nur ausnahmsweise, und insbesondere, aber nicht ausschliesslich [22]), dann statt, wenn der Veräusserer nicht am Orte des belegenen Grundstücks wohnte. Aber daraus, dass man die Tradition dann nicht versäumte, wenn sie mit erheblichen Umständen und sicherlich auch Kosten verknüpft war, darf man folgern, dass sie eine notwendige Bedingung des vollen Rechtserwerbes war. — Gegen die Annahme, dass bereits in älterer Zeit die Traditionserklärung Besitz und Eigentum übertrug, spricht auch schon das blosse Aufkommen der fingierten ususfructus retentio. Wozu hätte man erst zu einer solchen Formel greifen sollen, wenn bereits die schriftliche Erklärung Eigentum und Besitz übertragen hätte?

Auch die Veräusserung an Kirchen und Städte machte keine Ausnahme. Auch hier bedurfte es einer Tradition zum Eigentumserwerbe. Die l. 23 C. d. sacr. eccl. 1, 2 steht dieser Annahme nicht entgegen. Justinian bestimmt hier, dass den Kirchen, Klöstern, Städten etc. zur „exactio“ dessen, was ihnen geschenkt, verkauft oder hinterlassen worden, ein Zeitraum von 100 Jahren offenstehen solle. Dann heisst es weiter:

---

[20]) Marini nr. 115, Spangenberg S. 249.
[21]) Marini nr. 119, Spangenberg S. 268.
[22]) Vgl. Marini nr. 117, 119.

„Sive itaque memoratis religiosissimis locis vel civitatibus hereditas sive legatum sive fideicommissum fuerit relictum, vel donatio vel venditio processerit in quibuscumque rebus mobilibus vel immobilibus vel se moventibus, sive pro redemptione captivorum quaedam fuerint derelicta vel donata, sit eorum paene perpetua vindicatio et ad annos centum secundum quod dictum est extendatur, nulla alia exceptione temporis inhibenda, sive contra primas personas sive contra heredes vel successores earum moveatur." Dass in diesem Satze der Gedankengang des vorhergehenden fortgesetzt wird, zeigt das Wort: itaque. Der Ton ist deshalb auf die Worte: paene perpetua und annos centum zu legen, die vindicatio soll in 100 Jahren verjähren, vorausgesetzt, dass eine vindicatio überhaupt zusteht. Darüber, wann dies der Fall ist, will Justinian nichts bestimmen. Und er will dies auch in dem folgenden Satze nicht thun: „In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae tenorem constitutionis, quae legatariis et hypothecarias donavit, et supra dictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est centum metas annorum." Dieser Satz spricht nur aus, dass den vorher genannten Instituten die Verjährungseinrede nicht nur bei persönlichen, sondern auch bei dinglichen Klagen nicht entgegenstehe, vorausgesetzt, dass dieselben innerhalb 100 Jahren angestellt worden sind[23]. Gegen die,

---

[23]) So auch Vangerow, Lehrbuch der Pandekten (7. A.) Bd. I § 311 Anm. 4 S. 575; vgl. auch die dort Zitierten, zu denen noch Frider Mindanus, Commentarius synopticus de materia possessionis (Wetzl. 1731) cap. 11 S. 12 nr. 40 und Petrus de Greve, Disputationes anniversariae de dominio publice propositae in illustri Neomagensium universitate (Noviom. 1657) disp. I ass. 18 S. 31 hinzuzufügen wären. Vgl. auch die Notiz bei Placentinus, In Codicis Dn. Justiniani libros IX summa (Mog. 1536) ad tit. 1, 2 S. 3: „Item secundum pene omnium sententiam ex-

allerdings von jeher herrschende Annahme[24]), dass die l. 23 ein den Kirchen etc. erteiltes Privileg enthalte, kraft dessen dieselben das Eigentum ohne Besitzübertragung durch blossen Vertrag erwerben können, spricht die von Brunner[25]) zum entgegengesetzten Zwecke mitgeteilte Notiz aus des Agnellus Liber Pontificalis ecclesiae Ravennatis. Hier heisst es von einer Schenkung Justinians an die Kirche von Ravenna: „Omnia huic condonavit et concessit et per privilegia confirmavit et corporaliter per epistolam tradi fecit.“ Es ist hier also von einer epistula traditionis die Rede, der regelmässige Zweck der laut derselben vorzunehmenden körperlichen Tradition ist aber die Eigentums-, nicht die blosse Besitzübertragung. Gegen die herrschende Ansicht spricht ferner das gerade bei Schenkungen an Kirchen besonders häufige Vorkommen der fingierten ususfructus retentio. Diese Urkunden unterscheiden sich durch nichts von anderen Veräusserungsurkunden mit fingiertem Niessbrauchsvorbehalt, während derselbe nach der herrschenden Ansicht doch hier einem ganz andern Zwecke dienen würde als dort, hier der Eigentums- und Besitzübertragung, dort nur der letztern.

Dingliche Wirkung wurde der Uebergabe der die Traditionserklärung enthaltenden Urkunde im Rechtsverkehre der Romagna nicht vor dem 8. Jahrhundert beigelegt. Herbeigeführt wurde dieser Erfolg anschei-

---

emptione donationeque etiam non insecuta traditione ecclesiae vindicatio directa vel utilis datur, ergo et dominium ei acquiritur.“

[24]) Wenn Dernburg, Pandekten § 211 A. 2 S. 483, der sich der herrschenden Ansicht anschliesst, dem Satze, dass Kirchen etc. Eigentum durch blossen Vertrag erwerben, die praktische Geltung absprechen will, so kann er sich hierfür auf Antonii Matthaei Paroemiae Belgarum (ed. alt. Brux. 1721) Par. V nr. 11 S. 119 berufen, der von diesem Privileg sagt: „Verum hoc usus non recepit.“

[25]) Zeitschr. der Savigny-Stiftung. Roman. Abtlg. Bd. IV S. 142.

nend durch zwei Momente. Einmal wird man sich gesagt haben, dass die ususfructus retentio, da sie eine blosse Fiktion, eine reine Formel ohne entsprechende reelle Bedeutung war, auch ebensogut ganz fortgelassen werden könne. Das zweite Moment dürfte folgendes gewesen sein: Tradere hat eine mehrfache Bedeutung; es bezeichnet nicht immer das, was wir heutzutage Tradition, Uebergabe nennen, die Besitzübertragung, den konsensualen Besitzwechsel. Es wird auch lediglich für die zur Tradition in diesem Sinne erforderliche Handlung des Veräusserers gebraucht, also im Sinne von Besitzerledigung zu Gunsten des Erwerbers [26]). Das den Veräusserungsurkunden regelmässig eingefügte tradere hatte die letztere Bedeutung, und es ist klar, dass diese Art von Tradition auch durch eine bloss wörtliche Erklärung erfolgen konnte. Später scheint man die verschiedenen Bedeutungen von tradere durcheinander gemengt und geglaubt zu haben, dass, wenn jemand erklärte: trado oder tradidi, er damit dem für die Uebereignung vorgeschriebenen Erfordernisse der Tradition genügt habe. Die Lehre von der Tradition hatte damit denselben Ausgang genommen, wie bereits Jahrhunderte vorher die Lehre von der Stipulation, die That war durch das schriftliche Wort ersetzt worden.

Dass in der Romagna wirklich vom 8. Jahrhundert ab die Besitz- und Eigentumsübertragung durch die blosse Aushändigung der den Traditionswillen zum Ausdruck bringenden Veräusserungsurkunde vollzogen wurde, dafür sprechen mehrere unzweideutige Argumente.

Das wichtigste ist das vollständige Fehlen von Urkunden über stattgehabte körperliche Traditionen. Denn wenn das Eigentum noch nicht mit der Aushändigung der Veräusserungsurkunde übergegangen wäre, so hätte man sich doch sicherlich über denjenigen Akt, durch

---

[26]) Brunner, Urkunde S. 123.

welchen es überging, ebenfalls und sogar in erster Linie eine Urkunde erteilen lassen, wie dies vor dem Aufkommen der fingierten usus fructus retentio auch geschehen war[27]). Das Fehlen derselben in späterer Zeit beweist, dass die Veräusserungsurkunde allein das Eigentum des Erwerbers begründete. Auch spricht die Fassung der Veräusserungsurkunden selber hierfür. Darauf, dass Wendungen wie „do, cedo, vendo, trado et transfero" oder ähnliche gebraucht werden, ist allerdings kein entscheidendes Gewicht zu legen, denn solche Wendungen finden sich auch bereits in den älteren, der dinglichen Wirkung entbehrenden Urkunden. Häufig wird aber auch gesagt: „ut praesenti die aut quandoque volueritis liceat vobis . . . introire et praeoccupare atque ingredi ex potestate per hanc paginam donationis, transversionis a me tibi factam et traditam tamquam per legitimam et meam corporalem traditionem etc." [28]). Die Ausstellung und Uebergabe der Veräusserungsurkunde wird hier also — ebenso wie früher die usus fructus retentio — der „legitima et corporalis traditio" gleichgestellt. Gerade in den Veräusserungsurkunden, die diesen Passus enthalten, wird nun aber auch wiederholt die Abordnung eines missus erwähnt, „ut illuc veniat et corporaliter vobis eam rem que supra legitur, tradat atque investiat in meo vice" [29]). Doch beweist diese Abordnung sicherlich nichts gegen die Annahme, dass dem Erwerber schon mit der Aushändigung der Veräusserungsurkunde die Rechte des Besitzers und Eigentümers zustanden. Denn auch in diesem Falle musste eine Uebergabe an Ort und Stelle für den Erwerber unter Umständen von erheblichem Werte sein,

---

[27]) Vgl. Marini nr. 83, 117.

[28]) Vgl. z. B. Fantuzzi Bd. I nr. 5, 7, 111, 112, Bd. II nr. 27, 45; Vesi S. 101, 137, 218, 475 etc.

[29]) Fantuzzi Bd. II nr. 27, vgl. auch nr. 45, 114, Bd. I nr. 26, 111, 112.

es konnten ihm hierbei die Inventarsstücke vorgezählt werden, die Hintersassen für ihn in Eid und Pflicht genommen werden, es konnte anderes mehr geschehen, was ihm die Ausübung seiner Besitzrechte wesentlich erleichterte. Wenn erst die körperliche Uebergabe des missus das Eigentum übertragen hätte, dann hätte man, wie gesagt, über dieselbe eine Urkunde aufgenommen, was eben nicht geschehen ist. Ein drittes Argument dafür, dass die Uebereignung von Liegenschaften durch Uebergabe der Veräusserungsurkunde als ein Satz des Gewohnheitsrechtes der Romagna bestand, kann man aus der Opposition der Postglossatoren gegen diesen Traditionsmodus entnehmen. Die Postglossatoren bestreiten es sehr energisch, dass „solo verbo“ Eigentum und Besitz übertragen werden könne, bemerken aber zu gleicher Zeit, dass die Praxis allgemein der entgegengesetzten Ansicht sei [30]. Sie dachten hierbei sicherlich in erster Linie an die Praxis der Romagna, in welcher sie ja vorzüglich tätig waren, der Urkundenstil derselben im 14., 15. und 16. Jahrhundert war aber von dem des 10. und 11. kaum verschieden [31].

Wenn man die Frage aufwerfen will, ob die Tradition durch Uebergabe der Veräusserungsurkunde in irgend einer Weise als Vorläuferin der späteren symbolischen Tradition anzusehen sei, so ist dieselbe natürlich zu verneinen. Es zeigt sich auch nicht die geringste Spur der Anschauung, dass das Instrument das Grundstück repräsentiere, resp. die Uebergabe des Instruments die des Grundstücks. Dagegen liegt eine traditio ficta im Sinne der spätern Doktrin allerdings vor.

Auch im römischen Rechte der germanischen Reiche kam eine Uebereignung durch Uebergabe der Veräusse-

---

[30]) Siehe weiter unten.

[31]) Vgl. auch Asher S. 131.

rungsurkunde vor, aber auch hier anscheinend nicht vor dem 8. Jahrhundert.

Die lex Romana Burgundionum, das Edictum Theoderici Regis und das Breviarium Alarici weisen keine Spuren der Uebereignung durch Aushändigung der Veräusserungsurkunde auf. Die Interpretatio zum Breviarium und zwar zum § 4 Paul. Sent. d. don. 5, 12, die sich auch in dem sog. Epitome Monachi findet, spricht der donatio per scripturam ausdrücklich jede dingliche Wirkung ab, indem sie sagt: „Si aliquis unam rem duobus per legitimas scripturas donaverit, uni prius et alteri postea, non quaerendum est in his donationibus, qui primus qui posterior sit, sed qui rem tradente donatore possederit, is eam, cui est tradita, possidebit."

Dagegen weicht die lex Romana Curiensis von ihrer Grundlage, dem Breviarium, ab. Sie erkennt eine Tradition per cartam für Immobilien und, wie es scheint, auch für Mobilien an. Auch sie fasst den Fall ins Auge: „si de una re plures cartas factas fuerint," sie schneidet aber jeden Zweifel dadurch ab, dass sie bestimmt: „ut nullus homo presumat de unam rem plures cartas facere, aut venditionem aut donationem aut cessionem," und für den Fall der Uebertretung dieses Verbots anordnet: „omnia rumpantur, quia impugnantes cartolas haec lex vetat" [32]). Schon diese Bestimmung spricht dafür, dass die lex Curiensis der Veräusserungsurkunde eine ganz andere Bedeutung für den Eigentumserwerb beilegt, als die Interpretation des Breviars. Klarer geht dies aus cap. 9 lib. 18 hervor [33]), in welchem von dem Beamten, der auf rechtswidrige Weise „facultatem . . . comparaverit aut commutaverit aut donativum extorserit et carta reciperit et pretium non dederit", gesagt wird: „ipsa carta reddat". Eine ganz unzweideutige Anerkennung

[32]) Lib. 11, 12 (Walter Bd. III S 734).
[33]) Walter S. 742.

der Uebereignung per cartam enthält das cap. 14 lib. 24[34]): „Terra quae homo comparat, aut qualemcumque rem ipsius esse debet, ad cujus nomen carta scripta fuerit.“ Der blosse Inhalt der carta entscheidet also über das Eigentum. Dass diese Abweichungen vom Breviarium auf die Berücksichtigung des zur Zeit der Abfassung der lex Romana Curiensis tatsächlich geltenden römischen Rechts zurückzuführen sind, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Hierin liegt der Grund fast aller Unterschiede zwischen der lex Curiensis und dem Breviarium[35]).

Aber nicht nur in demjenigen Gebiete, für welches die lex Curiensis bestimmt war, wurde eine Uebereignung per cartam als römisches Recht geübt, dasselbe wird man um diese Zeit auch für alle anderen von germanischen Einwanderungen betroffenen Länder annehmen dürfen. Beweise liegen allerdings nur für Frankreich vor. Es kommt hier zunächst die bekannte Urkunde über die Schenkung der Villa Odane an das Kloster Prüm in Betracht[36]). Sie ist in Angers im Jahre 804 ausgestellt und besteht aus vier Stücken. Das erste ist eine epistula donationis, in welcher gesagt wird: „transfundo atque transfirmo ... et dono ... de jure meo in jure et donatione ipsius monasterio ... trado perpetualiter a die praesente ad possidendum.“ Das zweite Stück ist als traditio bezeichnet und beginnt mit den Worten: „Cum in libris Theodosiani et Hermogeniani seu Papiani scriptum est, quod donatione traditio subsequatur.“ Der Schenker will also den Vorschriften des römischen Rechts über die Notwendigkeit der Tradition zur Vollziehung der Schenkung entsprechen; diese Vorschriften erachtet

[34]) Walter S. 755.

[35]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I S. 363.

[36]) E. Martene et U. Durand, Veterum scriptorum et monumentorum ... amplissima collectio Tom. I (Par. 1724) Sp. 55 flg.; vgl. Brunner, Urkunde S. 124 flg.

er aber bereits durch die blosse Erklärung für erfüllt: „ad die praesente trado, dulgo atque transcribo, ut quicquid exinde pars ecclesiae ipsius monasterii, seu praedicto abbate ad profectum basilicae facere voluerint, liberam et firmissimam in omnibus habeant potestatem, ad faciendi quod elegerint jure proprietario atque firmissimo". Zu der Annahme Savigny's[37], der diese traditio als ein constitutum possessorium ansieht, liegt gewiss keinerlei Veranlassung vor. Nichts spricht dafür, dass der Schenkgeber auch nur einen Augenblick den Willen gehabt hat, für den Beschenkten zu besitzen. Der Besitz- und Eigentumsübergang vollzieht sich hier vielmehr durch die blosse Ausstellung und Aushändigung der Urkunde[38]. — Dieselbe Auffassung der Tradition tritt in zwei allem Anscheine nach zusammengehörigen Formeln der bekanntlich stark romanistischen[39] Turonensischen Sammlung zu Tage. Die eine[40] ist überschrieben: „Donatio in sponsa facta" und lautet im dispositiven Teile: „dono tibi donatumque esse volo locèllo etc." und dann weiter: „haec omnia superius jam dicta per hunc titulum libelli dotis dierum nuptiarum tibi sum impleturus vel traditurus". Die zweite, sich unmittelbar anschliessende Formel[41] trägt die Ueberschrift: „traditio" und besagt: „Dum multorum habetur percognitum, qualiter ego ille puella aliqua nomine illa legibus sponsavi et aliquid de rebus meis ei donare ante dies nuptiarum disposui, ideo placuit mihi, ut de ipsas res misso ipsius puellae nomine illo traditionem vel introductionem locorum secundum legem Romanam facere debeam." Dies

---

[37]) Geschichte des römischen Rechts Bd. I § 96 (S. 315).

[38]) So auch Brunner, Urkunde S. 126 Anm. 1.

[39]) Vgl. Zeumer, Monumenta Germ. hist. Leges Bd. V S. 129.

[40]) Das. nr. 14 S. 142.

[41]) Das. nr. 15 S. 143.

geschieht nun dadurch (quod ita et feci)[42], dass der Bräutigam erklärt: „Ergo trado ei et tradidisse me constat locello etc. ... haec omnia superius jam dicta te ille ad vicem sponsae meae tibi trado, ita ut tempore nuptiarum ad jam dictae sponsae meae eveniant potestate, ita ut secundum legis ordinem teneat atque possideat. Et si contra hanc traditionem aliquid refragavero, partibus ipsius puellae solidos tantos componam, et haec traditio firma permaneat.“

Auf die Stellung des germanischen Rechts zur Uebereignung durch Uebergabe des Instruments ist hier nicht einzugehen. Das germanische Recht kommt für die der vorliegenden romanistischen Arbeit gestellte Aufgabe nur insoweit in Betracht, als es auf die römisch-rechtliche Theorie und Praxis von bestimmendem Einflusse gewesen ist. Nun lässt es sich allerdings nicht leugnen, dass die deutsch-rechtliche Auflassung per cartam, die sich höchst wahrscheinlich bei den Franken findet[43], in der That einen solchen Einfluss geübt hat. Doch ist dies erst nach resp. während der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland geschehen, und deshalb auch erst bei der Darstellung dieser Periode zu besprechen.

§ 2.

Die vorglossatorische Rechtswissenschaft.

Die auf uns gekommenen Bruchstücke vorglossatorischer Rechtswissenschaft lassen, so dürftig sie sind, erkennen, dass schon die damalige Theorie der Annahme einer traditio ficta nicht fern gestanden hat. Das cap. 54

---

[42]) Ueber die Bedeutungslosigkeit des Gebrauches des Perfektums vgl. Brunner, Urkunde S. 18, 21, 21 A. 1.

[43]) Die bekannte Streitfrage zwischen Brunner und Sohm.

des libellus de verbis legalibus, welchen Fitting[44]) früher als die Bologneser Schule entstanden sein lässt, zeigt bereits die schroff körperliche Auffassung der possessio, die den Ausgangspunkt der Lehre von der traditio ficta bildet: „Possessio dicitur quasi positio sedis, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit. Possessio naturalis sive civilis detentio est. Naturalis quando corpore incumbimus, civilis, quando vel animo retinemus vel tantum nomine nostro tenet quis, velut is cui locavi vel commodavi vel apud quem deposui" [45]). In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung der Possessio definiert der libellus de verbis legalibus die traditio als „translatio rei, id est postquam dominus aliquem alium corporaliter in possessionem induxerit et eum dominum fecerit[46]). Er versteht also unter Tradition eine rein körperliche Besitz- und Eigentumsübergabe. Dieselbe Definition findet sich in der Expositio terminorum usitaciorum juris utriusque[47]), die nach Fitting[48]) jedenfalls älter als die Mitte des 11. Jahrhunderts ist. Auch Petri exceptiones legum romanarum fassen die Tradition rein körperlich als „investitura corporalis" [49]), als ein „corporaliter inducere in possessionem" [50]). Dann heisst es weiter: „Pro traditione etiam rei habetur, quocunque modo res vendita remaneat apud venditorem nomine emptoris, sive nomine depositi sive commodati sive conductionis jure vel etiam, si venditor usumfructum retinuerit, pro traditione habetur." Bemerkenswert

---

[44]) Juristische Schriften des früheren Mittelalters (Halle 1876) S. 39.

[45]) Fitting das. S. 200. Ueber das cap. 54 vgl. auch Landsberg a. a. O. S. 111 A. 3.

[46]) Cap. 10, Fitting S. 186.

[47]) Cap. 92, Fitting S. 164.

[48]) A. a. O. S. 37.

[49]) Lib. II, 3. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. II S. 353.

[50]) Lib. II, 13. v. Savigny S. 355.

ist hierbei die Anwendung der Grundsätze des Konstituts auf das Kommodat und das Depositum der eigenen Sache, Fälle, von denen die Quellen nichts wissen, und auf welche auch die Glossatoren und Postglossatoren nicht gekommen sind. Die von Fitting[51]) mitgeteilte Glosse zu den exceptiones Petri enthält von hierher Gehörigem nur eine Erwähnung der ususfructus retentio[52]) in den Worten: „Ususfructus alius conventionalis, alius legitimus. Conventionalis: alius constitutus pactionibus et stipulationibus, alius retentus, ut cum vendo tibi rem meam retento usufructu." Der Brachylogus juris civilis bietet überhaupt nichts auf unser Thema Bezügliches.

Dass die vorglossatorische Theorie auf die Lehre der Glossatoren irgend welchen Einfluss geübt hat, lässt sich nicht erweisen. Die Glossatoren haben ihre Ansichten über den Besitzerwerb durch Tradition allem Anscheine nach unmittelbar aus den Quellen geschöpft.

---

[51]) Halle 1874.

[52]) Zu I, 35. Fitting S. 40 Gl. 75.

Kapitel III.

Die Glossatoren.

§ 1.

Vorbemerkung.

Wenn man als das Charakteristische der Thätigkeit der Glossatoren hervorhebt, dass sie das corpus juris civilis lediglich aus dem corpus juris civilis erklärt haben und sich freigehalten haben von Einwirkungen der Praxis und des germanischen Rechts, so trifft diese Charakteristik im grossen und ganzen auch auf die Behandlung der uns beschäftigenden Lehre zu. Wenn man dann aber bemerkt, dass die Glossatoren auch ihrerseits die Praxis nicht beeinflusst haben, dass ihr Wirken an der Praxis fast spurlos vorübergegangen ist [1]), so ist dem für unser Thema nicht beizustimmen. In mehreren Punkten war hier das Gegenteil der Fall und in einem, der Einführung des abstrakten constitutum possessorium, d. h. des Konstituts ohne hervortretende causa detentionis, ist das Wirken der Glossatoren sogar von grosser Wichtigkeit für die Praxis geworden.

---

[1]) So u. a. Sohm, Fränkisches Recht und römisches Recht S. 73.

§ 2.

Die Lehre der Glossatoren.

I. Die Besitzlehre der Glossatoren geht entsprechend der im corpus juris civilis getroffenen Anordnung von der Etymologie des Wortes possessio aus. Sie leiten es von „pes" ab, nur Placentinus[2]) gedenkt auch der Ableitung von sedes. Dass die Füsse der possessio den Namen gegeben haben, erklärt die glossa ordinaria aus dem Ursprunge des Besitzes. Denn „antequam essent jura civilia, id est leges, fuit statutum, ut quamcumque terram calcaverit pes tuus, tua sit" [3]). Auf diese Worterklärung baut sich die gesamte Besitzlehre der Glossatoren auf. Es wird daraus gefolgert, dass „proprie et vere et secundum idioma sermonis dumtaxat naturalis possessio appellatur possessio: verum juris artificio et figmento contra naturalem causam reique veritatem meram is dicitur possidere qui non possidet" [4]), dass „naturaliter", d. h. „de jure gentium" nur derjenige besitzt, der die Sache „corporaliter" inne hat, und dass ein Besitz ohne ein insistere auf einer Fiktion des „jus civile" beruht [5]).

Es entgeht den Glossatoren nun aber nicht, dass

---

[2]) In Codicis Justiniani . . . ex repetita praelectione libros IX summa ad tit. 7, 32 S. 329.

[3]) Gl. quia naturaliter und ait zu l. 1 Pr. D. h. t. Hier wird anscheinend auf Deuteronomion 11, 24 und Josua 1, 3 und 14, 9 angespielt.

[4]) Gl. non possit zu l. 4 C. h. t., Gl. ait zu l. 1 Pr. D. h. t.

[5]) Vgl. Azo, Ad singulas leges XII librorum Codicis Justiniani commentarius et magnus apparatus (Lugd. 1596) (Lectura ad Codicem) ad l. 4 h. t. Vgl. über diese Auffassung auch Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter in der Gegenwart (Tüb. 1848) S. 107, der ältere Besitz und das possessorium ordinarium (Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts Bd. IV) S. 36.

das corpus juris civilis eine Reihe von Thatbeständen enthält, in denen sich ein Besitzerwerb ohne ein insistere vollzieht. Zur Erklärung derselben werden zwei verschiedene Wege eingeschlagen [6]; nach der einen Ansicht liegen hier Ausnahmen von der Regel: Adipiscimur possessionem animo et corpore vor, der Besitzerwerb vollzieht sich hier solo animo. Diese Ansicht vertritt Azo [7], sonstige Anhänger derselben sind nicht bekannt. Die andere Meinung nimmt auch hier einen „actus corporis" an. Auf diesem Standpunkt steht die glossa ordinaria, die betont, „quod his casibus intervenit actus corporalis vel quasi" [8], oder wie es an einer andern Stelle heisst: „certe et in illis casibus aliquid intervenit pro actu" [9]. Einen Mittelweg schlägt Placentinus [10])

---

[6]) Vgl. darüber Odofredus, Super Codice (Trid. 1514) ad l. 4 h. t.; Elaboratae Praelectiones in postremum Pandectarum Justiniani tomum, vulgo digestum novum (Lugd. 1552) ad l. 3 Pr. h. t.

[7]) Lectura ad l. 4 C. h. t., Summa super novem libris Codicis et quatuor Institutionum (Papiae 1484) ad tit. 7, 32.

Savigny (Recht des Besitzes § 14 S. 208 und Anm. 5) behauptet, Azo habe einen Besitzerwerb sine apprehensione nur „als Folge des Eigentums" anerkannt, „das also immer zugleich erworben sein müsste, wenn der Besitz auf diese Art erworben werden sollte". Doch wüsste ich nicht, welcher Ausspruch Azo's eine so seltsame Meinung erkennen liesse. Da Savigny die Summa Codicis de poss. num. 7, 8 zitiert, so scheint er den Satz im Auge zu haben: „Haec eadem possessio plurimum juris habet, in quibus casibus sine apprehensione dominium querimus." Doch ist diese Betonung des Eigentums sicher bedeutungslos; die wichtigste Funktion der Tradition ist eben die, das Eigentum übergehen zu lassen. Wie Savigny indessen auch Harburger, Das constitutum possessorium im römischen und heutigen Rechte (Erl. 1881) S. 6 Anm. 14.

[8]) Gl. animo zu l. 3 § 1 D. h. t., ebenso Gl. intervenerit zu l. 1 C. h. t.

[9]) Gl. non possit zu l. 4 C. h. t., ebenso Gl. ait Labeo zu l. 51 D. h. t. Vgl. auch Gl. naturalis possessio zu l. 3 § 3 D. h. t.

[10]) Ad. tit. C. 7, 32 S. 330.

ein, der als Besitzerwerbsfälle solo animo nur aufführt: „si quis rei suae quam vendidit permutavitque, usum fructum sibi exceperit vel si dominus non errans, id est a non domino, rem suam conduxerit vel si colonus locatoris haeredi de pensionibus respondere coeperit," von den andern in Betracht kommenden Thatbeständen dagegen sagt: „In his casibus cum quodam genere etiam corporis possessio quaesita censebitur."

Auf einen unmittelbar körperlichen Besitzerwerb verzichten die Glossatoren indessen nur für die Tradition, nicht für die Occupation; letztere erfordert einen tactus des Erwerbers [11]).

Ein gemeinschaftlicher Name für die auf seiten des Erwerbers unkörperliche Tradition findet sich bei den Glossatoren noch nicht. Bei Placentinus [12]), Pillius [13]), Roffredus [14]) und in der Glosse [15]) kommt allerdings der Ausdruck quasi traditio vor, aber allem Anscheine nach zur Bezeichnung der auf seiten des Veräusserers, nicht der auf seiten des Erwerbers unkörperlichen Tradition. Dass jedenfalls Placentinus diesen Sinn mit quasi traditio verbindet, geht daraus hervor, dass er hierher auch den Fall rechnet, „si te patiente rei tuae possessionem occupaverim". Als gleichbedeutend mit quasi traditio gebraucht Placentinus tacita traditio [16]), das Gegenstück wird bezeichnet als expressa und als vera traditio. Die hinter Azo's Codexsumma abgedruckte

---

[11]) Gl. non minus zu l. 18 § 2 D. h. t.; Odofredus ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 15, 16 Bl. 52v, ad l. 3 § 3 eod. Bl. 55.

[12]) Ad tit. C. 7, 32 S. 330, de varietate actionum (Mog. 1537) I, 4 de rei vendicatione S. 87.

[13]) Quaestio 133 in den quaestiones juris variae (Lugd. 1572) S. 1—88.

[14]) Tractatus aureus ordinis judiciarii (Lugd. 1561) IV, 1 de rei vendicatione.

[15]) Gl. traditionibus zu l. 20 C. d. pact. 2, 3.

[16]) Summa in Institutionum sive elementorum libros IV (Mog. 1535) ad tit. 2, 1 S. 21, ad tit. C. 2, 3 S. 45.

Digestensumme des Hugolinus[17]) unterscheidet zwischen traditio vera und interpretativa, auch Placentinus[18]) bemerkt, dass die Tradition entweder „naturaliter" erfolge oder „per interpretationem". Auch hier erhellt indessen nicht, ob mit der letzteren Bezeichnung eine auf seiten des Erwerbers unkörperliche Tradition gemeint wird. Ficta traditio nennt die Glosse[19]) die Veräusserung unter Niessbrauchsvorbehalt, Odofredus[20]) versteht unter quasi traditio das constitutum possessorium, unter traditio ficta die traditio brevi manu. In dem erstern Punkte stimmt mit ihm Dynus[21]) überein.

Wenn die Glossatoren von der traditio ohne nähere Bezeichnung sprechen, verstehen sie darunter auch die Fälle der Tradition ohne unmittelbar körperliche Mitwirkung des Erwerbers. Odofredus[22]) nennt dieselben deshalb auch nicht unter den Ausnahmen von der Regel: traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur. Nur Azo[23]) spricht hier von einem Besitz- und Eigentumsübergange sine traditione.

Aufzählungen der Arten des unkörperlichen Besitzerwerbes finden sich einmal bei Azo[23]), der nennt: den Besitzerwerb durch Traditionserklärung angesichts der Sache, wohin er auch die Aufstellung einer Wache (l. 51 D. h. t.) rechnet, die Schlüsselübergabe, das constitutum possessorium, die Veräusserung unter Niess-

---

[17]) Rubr. de Publ. i. rem act.

[18]) Ad tit. C. 8, 53 (54) S. 417.

[19]) Gl. stipulatus zu l. 28 C. d. don., vgl. auch Gl. claves zu § 45 J. d. R. D. 2, 1.

[20]) Ad l. 20 C. d. pact. 2, 3.

[21]) Consilium 47 (Lugd. 1551) Bl. 56 v.

[22]) An dem in Anm. 20 angegebenen Orte.

[23]) Summa ad tit. C. 7, 32, ad tit. J. 2, 1, Brocardica sive generalia juris (Basil. 1567) rubr. 40 de dominio et possessione atque traditione, vgl. auch Summa ad tit. C. d. don., wo es heisst: „Et in casibus fingitur tradidisse."

brauchsvorbehalt. Ferner finden sich Aufzählungen in den Glossen animo zu l. 3 § 1 D. h. t.[24]) und intervenerit zu l. 1 C. h. t. Die erstere Stelle führt sechs Fälle auf: den Besitzerwerb „propter rei praesentiam", denjenigen „propter custodis appositionem", die Schlüsselübergabe, das constitutum possessorium, die Tradition des Instruments, die ususfructus retentio. Die Glosse intervenerit betrachtet den Fall 2 bloss als Beispiel des ersten Falles, stimmt aber sonst mit der Glosse animo überein. Wiederholt werden diese Aufzählungen der Glosse von Odofredus[25]). Nicht hierher gehörig sind dagegen die Aufzählungen des Placentinus in der Summe zum Codextitel de adquirenda et retinenda possessione und im Titel de rei vendicatione der Schrift de varietate actionum, des Roffredus in dem gleichnamigen Titel seines tractatus aureus ordinis judiciarii, des Azo in der Summe zum Institutionentitel de rerum divisione und in der Glosse nuda zu § 44 I. d. R. D. und fundi zum Lehnrechtstitel de consuetudine recti feudi (II, 33). An diesen Stellen handelt es sich vielmehr um die auf seiten des Veräusserers unkörperliche Tradition.

II. Unter den Arten des unkörperlichen Besitzerwerbes wird die traditio propter rei praesentiam dem körperlichen Besitzerwerbe von den Glossatoren am nächsten gestellt. Das Verhalten des Erwerbers bei dieser Tradition bezeichnet die Glosse non minus zur l. 18 § 2 D. h. t.[26]) geradezu als einen „actus corporis" und rechtfertigt dies durch die Erwägung: „Varios esse sensus corporis, scilicet tactus, gustus, odoratus, visus, auditus. Et hic visus fuit" [27]). Auch die Glosse horrea zu l. 74 D. d. C. E. 18, 1 findet den Grund für die

---

[24]) Vgl. über dieselbe auch Landsberg S. 130.

[25]) Ad l. 4 C. h. t., ad l. 3 Pr. D. h. t.

[26]) Vgl. über dieselbe auch v. Savigny, Recht des Besitzes S. 214 (§ 15).

[27]) Aehnlich Odofredus ad l. 18 § 2 D. h. t. Bl. 60v.

Zulässigkeit des Besitzerwerbes propter visum trotz des Satzes: „adipiscimur possessionem animo et corpore“ in der Eigenschaft des visus als „unus de corporalibus sensibus“. Diese wiederholte Hervorhebung des Gesichtssinns zeigt, dass die Glosse beim Besitzerwerbe „propter rei praesentiam“ als actus quasi corporalis prinzipiell ein Ansehen des Objektes durch den Erwerber, also unmittelbare Nähe des Objekts verlangt. Nur so viel lässt sie nach, dass der Erwerber auch „de proximo“ sein könne, „sic quod cito potest ingredi“ [28]). Landsberg [29]) sucht zwar für die Glosse eine noch freiere Auffassung der praesentia zu vindizieren, aber kaum mit Recht. Er bezieht sich auf die Glosse haec si res praesens sit und si absens zu l. 47 D. d. R. V. [30]). In der ersteren heisst es: „Immo idem et si non sit praesens, ut I. d. rer. div. § nihil“ (soll mutmasslich interdum heissen) „et infra si cert. pet. l. 9 § 9 qui sunt contra. Solum dic praesens scil. apud reum: quia possidet vel restituendi habet facultatem: non autem exigis quod sit in praesentia, ut in contrariis.“ Die Glosse si absens lautet: „id est, si non est in potestate rei.“ Der Begriff „praesens“ wird hier also allerdings ziemlich weit aufgefasst, als identisch mit „apud reum“, „in potestate rei“, aber diese Begriffsbestimmung wird gerade in einen Gegensatz zu der „praesentia“ gebracht, es wird betont, dass hier „praesens“ nicht dasselbe bedeute, wie sonst. Trotzdem könnte man den hier aufgestellten Begriff des „praesens“ auch zur näheren Bestimmung des Besitzerwerbes „propter rei praesentiam“ verwenden, wenn nur die den letzteren behandelnden Glossen auf die l. 47 D. d. R. V. und die zu derselben

---

[28]) Gl. quia naturaliter zu l. 1 Pr. D. h. t.

[29]) S. 130 und Anm. 2.

[30]) Vgl. über diese Stelle: v. Savigny, Recht des Besitzes S. 243 (§ 19) Anm. 1, der dieselbe, sicherlich mit Recht, auf den fictus possessor bezieht.

gehörigen Glossen hinwiesen. Ein solcher Hinweis fehlt aber durchaus; nur in denjenigen Glossen, welche sich mit der traditio brevi manu beschäftigen, wird die l. 47 cit. allegiert, bei der traditio brevi manu aber, wo der Erwerber bereits vorher die Detention gehabt hat, sind naturgemäss an das corpus acquirendi viel geringere Anforderungen zu stellen, als beim Besitzerwerb propter visum. Allerdings wurde in der Glossatorenlitteratur auch eine freiere Auffassung der praesentia vertreten, von der Durantis[31]) berichtet. Es wird hier „in praesentia" identifiziert mit „in eadem civitate vel territorio". Die Anhänger dieser wohl auf l. 14 C. d. cont. et comm. stip. 8, 38[32]) zurückzuführenden Ansicht sind indessen nicht bekannt.

Als Beispiel des Besitzerwerbes propter visum wird von den Glossatoren die l. 1 § 21 D. h. t. betrachtet. Schon Irnerius[33]) bemerkt zu den Worten: mihi tradita „quasi expressim praeter illam acquisitionem quae fit per procuratorem". In der Glosse in praesentia heisst es: „Sed quid operatur praesentia: cum et ignorantibus nobis per procuratorem acquiratur. — Ibi per procuratorem, hic per meipsum acquiro, sicuti cum mitto epistolam vel nuncium, ut supra d. const. pec. l. 15 et infra eod. l. 18 § procurator." Ebenso sagt Odofredus[34]): „Si res est in praesentia, tunc non per procuratorem sed per memetipsum quaero possessionem ratione praesentiae." Der propter rei praesentiam er-

---

[31]) Speculum juris (Venet. 1576) lib. IV, 32.

[32]) ... Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huius modi instrumentum scriptum est etc.

[33]) Bei v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. IV Anh. 2 S. 462, Recht des Besitzes S. 217 (§ 16) Anm. 1.

[34]) Ad l. 1 § 21 D. h. t. Bl. 54, vgl. auch ad l. 4 C. h. t.

worbene Besitz ist ebenso wie der durch körperliche Tradition erlangte naturalis possessio[35].

Als Anwendungsfall der traditio propter rei praesentiam wird, wie bereits gesagt, von Azo und der Glosse ferner die l. 51 D. h. t. aufgefasst. Die Glosse[36] bemerkt zu dieser Stelle: „Nam et animo et corpore queri videtur apposito custode et te existente in praesentia, et etiam sine custode idem, quia sufficit jussus, ut supra eod. l. 1 § 21 et l. 18 § 2“, und zu dem Worte animi: „et corporis, ut dixi, sit appositus custos vel non“. Odofredus[37] lässt zwischen der Subsumtion unter den Besitzerwerb per visum und denjenigen durch einen Stellvertreter die Wahl.

III. Ebenfalls als einen Besitzerwerb propter visum stellt sich in der Glosse der durch Schlüsselübergabe dar. So heisst es in der Glosse proprietatem zu l. 9 § 6 D. d. A. R. D. 41, 1: „Proprietatem et possessionem, si dominus est tradens, alias causam usucapiendi. Si haec fiant coram horreo et hoc propter visionem rei;“ ebenso lautet die Glosse transfert proprietatem et possessionem zu § 45 I. d. R. D., und auch die Glosse horrea zu l. 74 D. d. C. E. sagt: „Hoc propter visum.“ Doch genügt auch hier, dass der Erwerber „de proximo“ ist, „sic quod potest ingredi“, „in conspectu“ braucht er nicht zu sein[38]. Jedenfalls muss sich aber die Uebergabe der Schlüssel „coram horreo“, „coram cella“[39] vollziehen. Dieses letztere Erfordernis wird von den Glossatoren übereinstimmend aufgestellt[40], die

[35]) Gl. ait zu l. 1 Pr. D. h. t., Azo, Summa ad tit. C. 7, 32.

[36]) Gl. ait Labeo.

[37]) Ad l. 4 C. h. t.

[38]) Gl. quia naturaliter zu l. 1 Pr. D. h. t.

[39]) Gl. traditae zu l. 1 § 21 D. h. t.

[40]) Vgl. Irnerius zu l. 1 C. d. don. (v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. IV Anh. 2); Placentinus ad tit. I. 2, 1 S. 21, ad tit. C. 8, 53 (54) S. 417; Azo, Lectura

Ansicht der Glosse, dass es sich hier um einen Besitzerwerb per visum handelt, dagegen nicht von allen geteilt. Irnerius war andrer Ansicht, wie daraus hervorgeht, dass er zu dem Worte claves der l. 1 § 21 D. h. t. bemerkt[41]): „quasi adminiculum custodiae". Placentinus[42]) rechtfertigt den Besitzübergang damit, dass die Waren „sub clavibus" seien. Dynus[43]) sagt: „Ratio est quia res sub custodia clavium constituuntur et continentur et ideo traditis clavibus, sub quarum custodia sunt, ipsae res traditae intelliguntur". Seine Zustimmung zur Auffassung der Glosse erklärt Odofredus[44]).

Placentinus betont an verschiedenen Stellen, dass durch die Schlüsselübergabe nur die Waren, nicht auch die Behältnisse tradiert werden. So heisst es zunächst in einer von Savigny[45]) mitgeteilten Glosse zur l. 1 C. d. don.: „Numquid si vendam tibi domos vel horrea tradendo claves horreorum vel domorum videor tradidisse possessionem? P. respondet: Minime, etiamsi coram domibus vel horreis traditio huius modi celebrata fuerit, tali videlicet ratione excogitata, quod claves non continentium horreorum vel domuum, sed rerum merciumve intra contentarum gratia comparatae sunt." In der In-

---

ad l. 1 C. 8, 53 (54), Summa ad tit. l. 2, 1, ad tit. C. 7, 32; Roffredus, Tractatus aureus l. c.; Odofredus ad l. 9 § 6 D. d. A. R. D. 41, 1 Bl. 42v, ad l. 4 C. h. t. Vgl. ferner das von Böcking (Brachylogus juris civilis Berol. 1829 S. 276) mitgeteilte Epitome juris civilis cap. VII.

[41]) v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. IV Anh. II. Vgl. auch Recht des Besitzes S. 224 (§ 16) Anm. 1; Meischeider, Besitz und Besitzesschutz (Berl. 1876) S. 250.

[42]) Ad tit. I. 2, 1 S. 21.

[43]) Commentarius in regulas juris pontificii (Col. Agr. 1576) reg. I nr. 32 S. 22.

[44]) Super Digesto veteri commentaria (Par. e. Ang. s. a.) ad l. 74 d. C. E. 18, 1, ad l. 1 C. h. t.

[45]) Geschichte des römischen Rechts Bd. IV Anh. 12.

stitutionen-Summa sagt er (S. 21): „Si vendidi domum vel horreum etiamsi claves tradidi, justum dominium meo judicio in emptorem non transtuli," und in der Summe zum Codextitel de donationibus (S. 417): „Item vinorum venditorum, sed non horreorum venditorum traditio facta creditur, si claves illius horrei apud horreum traduntur." Von welcher Seite eigentlich die von Placentinus bekämpfte Meinung vertreten worden ist, ist nicht mit Bestimmtheit zu sagen. Wohl nicht von andern Glossatoren; denn sonst wäre doch auch wohl anderweitig, insbesondere in der Accursischen Glosse, von einer so auffallenden, durch das corpus juris civilis so gar nicht unterstützten Ansicht die Rede[46]. Eher von der Praxis

---

[46]) Nur das von M. Conrat (Cohn) herausgegebene sog. Florentiner Rechtsbuch (Berl. 1882), welches ich, da seine Zugehörigkeit zur Glossatorenschule mindestens zweifelhaft ist (vgl. Landsberg in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXVII S. 58), im Text nicht berücksichtigen kann, sagt (III, § 8 S. 11): „Incipimus etiam horrea possidere et quae in eis sunt, cum claves nobis traduntur ea causa, ut illa possideamus." Die Besitzerwerbstheorie dieser systematischen Bearbeitung des Zivilrechts ist übrigens ziemlich verworren. Die possessio wird definiert mit „quasi pedum positio vel quasi assessio". Deshalb erwerben wir „diffinitive" den Besitz nur, wenn wir das Grundstück betreten, resp. wenn wir die bewegliche Sache mit der Hand ergreifen oder sie in unsere custodia nehmen, welche letztere Annahme ersichtlich inkonsequent ist; als Beispiel des „custodiae committere" führt das Florentiner Rechtsbuch an: „cum praecipimus equum in stabulis duci," ein Beispiel, welches dem Leben, nicht dem corpus juris civilis entnommen ist. Die Besitzerwerbsmodi sind: occupatio, accessio, translatio. Die letztere liegt vor, „cum manu capimus rem mobilem nos vel alius nomine nostro". Dann ist die Rede von der oculorum injectio, der traditio brevi manu und der clavium traditio (der oben zitierte Satz); in welchem Verhältnisse diese Erwerbsarten zur translatio stehen, erhellt nicht. Später wird dann vom Erwerbe des Eigentums gehandelt. § 10 III, 3 handelt von der Tradition, § 11, augenscheinlich als von einer neuen Erwerbsart, von der injectio oculorum, als Beispiel derselben wird der Erwerb des in einem Speicher Einge-

der Zeit. Denn Kenntnis davon, dass durch Uebergabe von Schlüsseln eine Uebereignung vollzogen werden könne, wird schon frühe in die Praxis gedrungen sein, und diese wird, verleitet durch das deutsch-rechtliche Institut der Investitur, für das Veräusserungsobjekt nicht die Waren, sondern das Gebäude selber gehalten haben. Auf germanistischen Rechtsanschauungen beruht die von Placentinus bekämpfte Ansicht jedenfalls. Sie erhielt sich übrigens in der Praxis, schon im Beginne der Postglossatorenzeit trat sie wieder hervor und hier wurde sie dann zu einem der Keime der Theorie von der symbolischen Tradition.

IV. Endlich sieht die Glosse als eine Tradition propter rei praesentiam auch die durch Uebergabe der Erwerbsurkunde an. Sie fordert Anwesenheit der Sklaven bei der Uebergabe des Instruments[47]), ein Verlangen, welches sie durch Bezugnahme auf die Analogie der Schlüsselübergabe rechtfertigt. Auch hierüber herrschte unter den Glossatoren keine Uebereinstimmung. Andrer Meinung waren Placentinus[48]), dessen Ansichten über die instrumentalis traditio infolge der zahlreichen Druckfehler allerdings kaum festzustellen sind, Azo[49]), der die instrumentalis traditio für ein „mirabile" und „speciale" erklärt und sagt: „Et forte de traditione clavium posset dubitari, quia oportet, quod apud horrea fiat traditio ad hoc quod acquiratur dominium mercium, non

---

schlossenen (hier also nicht des Speichers selber) durch Uebergabe der Speicherschlüssel aufgeführt. Bei der Lehre von der rei vindicatio endlich (IV, 16) wird als aktiv zu derselben legitimiert bezeichnet: „qui dominus est vel de jure gentium vel de jure civili, de jure gentium per occupationem, de jure civili per usucapionem vel traditionem vel quasi traditionem vel neutro modo." Als Beispiele der quasi traditio werden genannt die clavium traditio und die deductio ususfructus.

[47]) Gl. instrumentis und Gl. et traditis zu l. 1 C. d. don.

[48]) Ad tit. I. 2, 1, ad tit. C. 2, 3, 7, 32, 8, 53 (54).

[49]) Lectura ad l. 1 C. d. don.

autem idem puto in traditione instrumentorum, quod oporteat esse praesentia mancipia. Plus ergo operatur traditio instrumentorum"; von Späteren Odofredus[50]) und Dynus[51]). Bei diesen beiden allein findet sich eine Erklärung des Vorganges, bei dem erstern in den Worten: „instrumenta emptionalia mancipiorum, ex quibus jus mancipiorum pendebat," während der letztere als Grund für den Besitzübergang des Veräusserungsobjekts angibt: „quia juris in re quaesiti probatio in instrumento continetur." Praesentia der Sklaven fordern dagegen Irnerius[52]) und Pillius[53]). Der erstere scheint sogar nicht einmal unter dieser Voraussetzung der Tradition der Urkunde dingliche Kraft beizulegen, da er zu den Worten: „factam intelligi" die Bemerkung macht: „si postea aliquo modo possessionem eorum apprehenderis." Der Satz: „si postea coeperit possidere" findet sich allerdings auch in der Glosse, doch bezieht er sich hier nicht auf den Beschenkten, sondern wie seine Hinzufügung zu dem Worte actionem anzeigt, auf den Schenker. Die l. 1 C. d. don. wird von den Glossatoren nicht bloss von Schenkungen verstanden, auch beim Kaufe[54]), beim Legate[55]) und bei der Verpfändung[56]) hat der Empfang des Instruments dingliche Wirkung. Die Zulässigkeit der beiden letztgenannten Titel wird der l. 44 § 5 D. d. leg. I resp. der l. 2 C. q. res pign. obl. poss. 8, 17

---

[50]) Ad l. 4 C. h. t., ad l. 1 C. d. don.

[51]) Commentarius in regulas juris l. c. S. 22.

[52]) Gl. zu l. 1 C. d. don. bei v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. IV Anh. 2.

[53]) Gl. zu l. 1 C. d. don. bei v. Savigny a. a. O. Bd. II Anh. 18 S. 558, vgl. auch Recht des Besitzes S. 221 (§ 16) A. 1.

[54]) Placentinus ad tit. C. 2, 3 S. 45, 7, 32 S. 330; Pillius l. c.; Azo ad l. 1 C. d. don.; Gl. donatis.

[55]) Azo l. c.; Dynus l. c.; Odofredus ad l. 1 C. d. don.; Gl. donatis.

[56]) Placentinus ad tit. C. 7, 32; Odofredus ad l. 1 C. d. don.; Gl. donatis.

und der l. 8 C. d. her. v. act. vend. 4, 39 entnommen. Ebenso findet sich keine Beschränkung hinsichtlich des Objekts. Als Beispiel wird in der Regel das Grundstück (praedium) genannt[57]). Es findet sich endlich auch nicht durchweg eine Beschränkung auf die Erwerbsurkunde. Die Aeusserung des Placentinus[58]): „Res enim de qua instrumentum perhibet, tradita aestimatur," kann doch nicht bloss von der Einhändigung der Erwerbsurkunde verstanden werden. Bei Azo[59]) ferner heisst es: „Et posset quaeri, si vendidi et traditur instrumentum emptionis vel in quo continetur rem illam esse venditam: utrum esset idem, quod acquiretur dominium sine rei traditione solummodo traditis instrumentis, et idem puto in aliis contractibus, quod traditione instrumentorum acquiritur dominium rei et possessio." Das ist freilich nicht sehr klar. Allem Anscheine nach handelt es sich aber in der Frage, die hier aufgeworfen wird und offenbar bejaht werden soll, darum, ob auch die Aushändigung der Veräusserungsurkunde übereignende Kraft habe. Die Accursische Glosse ferner verkennt zwar nicht, dass in der l. 1 C. d. don. von einer Uebereignung durch Uebergabe der Erwerbsurkunden die Rede ist, auch sie lässt indessen allem Anscheine nach eine Tradition auch durch Uebergabe der Veräusserungsurkunde zu. Denn zu den Worten tradita sit der l. 2 C. h. t. bemerkt sie: „vel per haec

---

[57]) Vgl. Placentinus ad tit. I. 2, 1 (S. 21), ad tit. C. 7, 32; Odofredus ad l. 4 C. h. t. Zu der Annahme Strohal's, Succession in den Besitz (Graz 1885) S. 9, dass die Glossatoren bei dieser Ausdehnung der l. 1 cit. auf Grundstücke durch das im vorigen Kapitel geschilderte Gewohnheitsrecht beeinflusst worden sind, liegt kein Grund vor. Die Glossatoren können zu dieser Ausdehnung sehr wohl durch die blosse Interpretation des corpus juris civilis gelangt sein. Die l. 2 C. q. res pign. obl. poss. 8, 17 spricht von emptiones agrorum.

[58]) Ad tit. C. d. don. S. 417.

[59]) Lectura ad l. 1 C. d. don.

verba tradidit vel per hoc confiteor me tuo nomine possidere, cum constat me possidere, ut D. eod. l. 18 Pr.“ Die Glosse geht also von der Voraussetzung aus, dass eine Veräusserungsurkunde, welche das Wort trado resp. tradidit enthält, den Besitz überträgt. Von Späteren wird gegen die Glosse tradita sit in der Regel die bekannte l. 48 D. h. t.[60]) angeführt. Nach der, allerdings seltsamen, Interpretation der Glosse verträgt sich aber der Inhalt dieser Lex mit der Glosse tradita sit ganz gut. Zu dem Worte declaravit der l. 48 cit. wird nämlich bemerkt: „Istae litterae fuerunt scriptae postquam servus remissus possessionem intravit, alioquin non esset verum se tradidisse in praeteritum.“ Adoptiert wird die Glosse tradita sit von Odofredus[61]), obgleich dieser die l. 48 cit. richtig erklärt. Auch Dynus schliesst sich in einem seiner Konsilien[62]) der Glosse an, indem er ausführt: „Nam in scriptura continetur: dedit et vendidit etc., per quae verba apparet dominium translatum esse in praedictum Lippum, cum dare sit accipientis facere.“ — Bekämpft wird diese Ansicht, an deren Bildung die Praxis der Zeit[63]) sicherlich einen erheblichen Anteil gehabt hat, dagegen gerade von denjenigen beiden Schriftstellern, die unter allen der Glossatorenzeit angehörigen den grössten Einfluss auf die Praxis geübt haben, von Durantis[64]) und Rolandinus Passa-

[60]) (Papinianus.) Praedia cum servis donavit eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit. Si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est, per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.

[61]) Ad l. 2 C. h. t.

[62]) Cons. 14 nr. 2 Bl. 22 v.

[63]) Siehe oben S. 26 flg.

[64]) Speculum juris. Tom. II Lib. IV tit. d. empt. et vend. S. 233 nr. 30—32, insbesondere 32 a. E.: „Fatue igitur dicitur in instrumento, vendidit et tradidit, sed salvari potest, si res sit in praesentia, qui est modus quaerendi possessionem, vel etiam

gerii[65]); von letzterem allerdings anscheinend nur, soweit es sich um die Veräusserung von Grundstücken handelt. Denn von seinen Formularen zu Mobiliarveräusserungsurkunden enthält keines das constitutum possessorium, während sich dasselbe in den Formularen zu Immobiliarveräusserungen regelmässig findet; dass das mobile bei der Entgegennahme der Urkunde von dem Erwerber gesehen werden oder sich wenigstens in der Nähe desselben befinden müsse, sagt Rolandinus auch nicht; dass er dies stillschweigend voraussetzt, wird man unmöglich annehmen, wenn man bedenkt, dass seine Formulare unter anderm auch für Verkäufe von Vieh bestimmt sind, das doch auf die Notariatsstube nicht mitgebracht zu werden pflegt.

V. Der in der l. 18 Pr. D. h. t. dargestellte Thatbestand verdankt seinen heutigen Namen constitutum possessorium wahrscheinlich einer Aeusserung des Azo[66]), der ihn durch die Worte beschreibt: „Illud quod meo nomine possideo, constituo me possidere nomine alieno.“ Der Ausdruck „constituo“ ist ohne Zweifel der kurz voraufgehenden l. 17 § 1 entnommen und bedeutet beschliessen, sich entschliessen. Die Auffassung, welche Azo vom Wesen des constitutum hatte, ist ziemlich allgemein verkannt worden[67]). Azo betrachtet das con-

---

si postea sequitur in instrumento, quod venditor constituit se possidere nomine emptoris. Consulendum est ergo emptori, ut vel venditor dicat: constituo me tuo nomine possidere, vel quod ipse venditor roget precario ab emptore vel etiam retineat usumfructum, quia tunc videtur translatum dominium in emptorem et possessionem.“

[65]) Summa totius artis notariae Rolandini Rudolphi Bononiensis. Venet. 1583.

[66]) Summe zum tit. C. 7, 32.

[67]) Z. B. von v. Savigny, Recht des Besitzes S. 323 (§ 27) Anm. 2; Exner, Rechtserwerb durch Tradition (Wien 1867) S. 143 Anm. 51; v. Jhering, Der Besitzwille (Jena 1889) S. 220; vgl. Harburger S. 52 Anm. 6.

stitutum possessorium als einen Besitzerwerb durch einen Stellvertreter; es erhellt dies daraus, dass er unter Bezugnahme auf die l. 18 Pr. cit. bemerkt: „Item quaeritur (possessio) per quemcumque, qui meo nomine sit in possessione.“ Erheblich zweifelhafter ist es, ob auch die Glosse diese Auffassung hat. Hierauf deutet nur die Erklärung des in der l. 10 Pr. enthaltenen Wortes „ministerio“ mit „actu et voluntate“ hin, während der Umstand, dass die Glosse einen Zusammenhang des letzten Satzes der l. 18 Pr. mit dem Vorhergehenden nicht annimmt[68]), dagegen spricht. Zweifelhaft ist es auch, ob die Glosse ein constitutum possessorium nur im Falle der blossen Besitzübertragung oder auch im Falle des mit derselben verbundenen Eigentumsüberganges anerkennt. Das erstere wäre nach der Glosse possidere zur l. 18 Pr. D. h. t. anzunehmen: „In dominio non sic, id est non amittitur animo tantum, sed possessio sic, ut dictum est ut supra l. prox. § 1 et C. d. jur. et f. ign. 1, 18 l. 5.“ Dagegen erkennen andere Glossen auch einen Eigentumsübergang durch constitutum possessorium an. So heisst es am Schlusse der Glosse nuda zu § 44 I. d. rer. div. 2, 1: „Item si volens tibi tradere dominium nomine tuo me constituam possidere vel conducam a te.“ Die Glosse possessionem zu l. 77 D. R. V. bezeichnet die hier behandelte Eigentumsübertragung als einen Anwendungsfall der l. 18 Pr. D. h. t. Die Glosse quia licet zu l. 2 D. pr. soc. 17, 2 sagt: „et sic possessio acquiritur in communi et dominium ut hic et infra d. aq. p. l. 18 Pr.“ Vor dem oben zitierten Passus sagt die Glosse possidere: „Ex justa causa, puta donando vel vendendo alicui ipsam nudam possessionem. Tot enim sunt causae acquirendae pos-

[68]) Vgl. Gl. procurator zu l. 18 Pr. D. h. t.: Hic puncta. Auch der casus des Franciscus Accursius leugnet einen Zusammenhang zwischen dem letzten Satze der l. 18 Pr. cit. und dem Vorhergehenden. Vgl. auch Harburger S. 4 Anm. 5.

sessionis, quot et dominii, et supra eod. l. 3 § 21 et facit supra d. rei vend. l. 77 et infra l. prox. Pr. et l. 21 § 3." Die Glosse verlangt also schon zur Uebertragung des blossen Besitzes durch constitutum possessorium das Vorhandensein einer justa causa traditionis. Aus diesem Verlangen erklären sich auch wohl zwei Glossen zur l. 28 D. h. t. Zu den Worten quasi non meam wird bemerkt: „Erat tamen mea, quo casu non amitto proprietatem ... Secundum Azonem possessionem autem amitto." In der Glosse et stipulatio heisst es: „Si aliquam rem possideam et eam a te conduco, aut ignoro me possidere aut scio. Ubi ignoro, non valet conductio. Ubi scio, refert, an quasi rem alienam conduxerim an quasi meam. Si quasi alienam, si quidem erat aliena, valet conductio. Si propria non valet, ut supra depositi l. 15. Sed possessio amittitur secundum Azonem." Offenbar billigt die Glosse die Meinung des Azo nicht, nimmt vielmehr an, dass derjenige, der seine eigene Sache von einem andern in dem irrtümlichen Glauben, diesem gehöre dieselbe, pachtet, auch den Besitz derselben nicht verliert, eine Annahme, die sich aus dem Verlangen nach einer justa causa traditionis auch für die Besitzübertragung durch constitutum possessorium ohne weiteres erklärt. Auf welchem Wege die Glosse zu der Aufstellung dieses Erfordernisses gekommen ist, lässt sich nicht konstatieren; wie wir später sehen werden, hat sie weittragende Folgen für die Dogmengeschichte der Tradition gehabt.

Weder Azo noch die Glosse fordern zur Rechtsgültigkeit des Konstituts eine bestimmte Form der Erklärung, sie verlangen insbesondere nicht den Gebrauch des Wortes constituere. Die Glosse, in welcher das Wort constituere überdies nur einmal vorkommt[69]), begnügt sich auch mit dem Bekenntnisse des

---

[69]) Gl. nuda zu § 44 I. d. R. D.

Veräusserers, im Namen des Erwerbers zu besitzen („confiteor me tuo nomine possidere")[70]. Die Schriftsteller der Uebergangszeit zur Postglossatorenschule nehmen dagegen an, dass das Konstitut, welches einen Rechtsgrund der Detention des bisherigen Besitzers, etwa einen prekaristischen oder Mietbesitz desselben, nicht erkennen lässt, zu seiner Gültigkeit einer ausdrücklichen Erklärung des Veräusserers bedürfe, die entweder lauten müsse: „constituo me tuo nomine possidere" oder, entsprechend der Glosse: „confiteor me tuo nomine possidere". Die Meinung, dass das constitutum possessorium ein Fall des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter sei, wird aber auch in dieser Uebergangsperiode vertreten, Odofredus[71]) gibt ihr wiederholt Ausdruck.

Als Beispiel des Konstituts betrachtet Azo nicht nur die l. 77 D. d. R.V. 6,1[72]), also die Miete der eigenen Sache, sondern auch die sich mit der Eingehung einer societas omnium bonorum vollziehende Vermögensvereinigung der Socien. Auch dies ist fast immer verkannt worden. Schon Accursius[73]) behauptet, dass Azo in dieser Vermögensvereinigung ein „speciale" gesehen habe, einen Eigentumserwerb sine possessione. Auch ein Teil der Postglossatoren trägt dies als Ansicht Azo's vor[74]). Neuerdings hat Landsberg[75]) ihn ebenfalls missverstanden. Die Auffassung Azo's kann indessen

---

[70]) Gl. tradita sit zu l. 2 C. h. t., Gl. constituantur zu l. 58 D. d. pact. 2, 14, Gl. et stipulatio zu l. 28 D. h. t.

[71]) Vgl. ad l. 4 C. h. t. an verschiedenen Stellen, wo er aber auch sagt: „Si emo a te et tu eandem rem conducis a me, tu videris mihi rem tradere et a me recipere." Bedenklich auch ad l. 18 Pr. cit. Bl. 60, wo mit procurator ein neuer Paragraph begonnen wird.

[72]) Summa zum Codextitel de possessione.

[73]) Gl. quia licet zu l. 2 D. pr. soc. 17, 2.

[74]) Vgl. Anm. weiter unten.

[75]) S. 113.

kaum zweifelhaft sein. In der Summe zum Codextitel pro socio (4, 37) sagt er: „Communicantur omnes res corporales sociorum statim quas habent tempore illo quo societas initur. Tacite enim videtur fieri traditio unicuique sociorum ab altero. Et ideo dominium et possessio queritur cuicumque ab altero pro parte.“ Deutlicher noch ist die Summe zum Institutionentitel de rerum divisione: „Societate etiam contracta omnium bonorum continuo communicantur omnia corporalia, quasi facta traditione eo quod quisque videtur velle incipere possidere partim nomine suo partim nomine socii, ut D. d. aq. poss. l. 18.“ Nach Odofredus[76]) ist die Ansicht, dass die Uebereignung durch Eingehung einer societas omnium bonorum als ein Konstitut aufzufassen sei, bereits durch Johannes Bassianus vertreten worden. Er berichtet, die „tacite interveniens traditio“ der l. 2 D. pr. s. werde in zwiefacher Weise erklärt. Die einen sagten: „quod speciale est in actione pro socio quae est species fraternitatis. Sicut est etiam speciale in ultimis voluntatibus ut infra d. aq. poss. l. 23 Pr.“ Zu ihnen gehört Placentinus[77]). Die anderen „sec. Joh. et Azonem: Unus constituit se possidere pro alio, et is possidet, cuius nomine possidetur ut infra d. aq. poss. l. 18 Pr. et sic possessio acquiritur in communi et dominium ut hic.“

---

[76]) Ad l. 1 § 1 l. 2 D. pr. soc., vgl. auch ad l. 4 C. h. t.

[77]) Vgl. die additio zu des Bulgarus commentarius ad Digestorum titulum de diversis regulis juris antiqui (ed. Beckhaus, Bonn 1856) l. 11: „Sed et sine facto nostro quippe dominium nostrum transfertur ad alium, ut cum societatem contrahimus, arrogationem subimus, monachi fimus,“ und die Summe zum Codextitel de pactis (S. 45): „Item contra sui naturam dominium transferunt, ut societatis forte pactum, et secundum quosdam venditio collata in locrum sacrum: alias enim non pactis, sed traditionibus et usucapionibus et longis praescriptionibus dominia transferuntur.“ Auch Roffredus dürfte dieser Ansicht gewesen sein (vgl. tractatus ordinis judiciarii p. IV rubr. 1).

Den Eigentumsübergang durch Veräusserung unter Retention des Niessbrauches hat Azo dagegen nicht für einen Anwendungsfall des constitutum possessorium angesehen. Diese Auffassung hält er[78]) deswegen für unmöglich, weil der Usufruktuar für sich besitze und deshalb auch das interdictum unde vi habe, „si enim sibi non possidet, sed alii, non esset mirum, si transferretur dominium: ut si fundum donasset et post conduxisset.“ So wie die Sache aber liegt, ist die Uebereignung durch ususfructus retentio „unum mirabile mundi“. Azo macht indessen einen Versuch, dieses mirabile seiner Wundernatur zu entkleiden. Er findet den Grund für den Eigentumsübergang durch ususfructus retentio in der „necessaria consequentia“. Denn wenn jemand an einen andern eine Sache veräussert, den Niessbrauch derselben aber — was ihm das Gesetz gestattet — behält, so muss er das Eigentum notwendig verlieren, „cum proprietas et ususfructus non compatiuntur se in eodem respectu ejusdem, quia nemini res sua servit.“ „Et hac subtili ratione considerata transfertur dominium sine aliqua traditione corporali.“ Von der Veräusserung unter Niessbrauchsvorbehalt sagt Azo einmal[79]): „quod in alium transferat dominium sine possessione.“ Daraus darf man indessen nicht folgern, dass er hier eine Eigentumsübertragung ohne Uebergang des Besitzes angenommen hat[80]). Denn gleich darauf verbessert er sich durch die Worte: „vel inductione in possessionem,“ und die Ueberschrift, unter welcher er hier die ususfructus retentio aufführt, lautet: „Haec eadem possessio plurimum juris habet, in quibus casibus sine apprehensione dominium querimus.“ Auch

---

[78]) Lectura ad l. 28 C. d. don., Summa zum Codextitel de possessione. Vgl. über die Ausführungen Azo's auch Harburger S. 52 Anm. 6.

[79]) Summa zum Codextitel de possessione.

[80]) So Harburger S. 52 Anm. 6.

stellt er die Veräusserung unter Niessbrauchsvorbehalt als Art der ohne körperliche Mitwirkung des Erwerbers sich vollziehenden Uebereignung stets auf eine Stufe mit solchen Vorgängen, in welchen unzweifelhaft auch der Besitz übergeht. Einen Eigentumsübergang ohne gleichzeitigen Uebergang des Besitzes hat dagegen Roffredus in der Veräusserung mit ususfructus retentio gesehen. Wenigstens sagt er in der questio 7 der quaestiones Sabbatinae[81]: „quia pater retinendo usumfructum perinde habetur ac si traderet, ut C. d. don. l. 28 et 35, ubi dominium sine possessione queritur."

Auch die Glosse betrachtet als Anwendungsfall des Konstituts zunächst die Pachtung der eigenen Sache. So heisst es in der Glosse possessionem zur l. 77 D. R. V., welche wiederholt neben der l. 18 Pr. D. h. t. als Belegstelle für das constitutum possessorium allegiert wird[82]: „Quod enim suo nomine quis possidet, potest et alieno nomine possidere, ut infra d. aq. p. l. 18. Nec est prohibitum sic mutare possessionis causam, scilicet facere de aliqua nullam. Ut in d. l. quod meo." Auch l. 19 Pr.[83]), l. 21 § 3 und l. 28 D. h. t. werden mit Hilfe des constitutum possessorium erklärt. Als ferneres Beispiel des Konstituts erscheint in der Glosse das precario rogare der eigenen Sache. Als Belegstelle wird die l. 6 Pr. D. pr. empt. 41, 4 angeführt[84]). Die Glosse[85]) betont, dass ein Verkauf mit Vorbehalt des prekaristischen Besitzes nur insoweit der realen Tradi-

---

[81]) In den quaestiones juris variae. Lugd. 1572.

[82]) Vgl. z. B. Gl. intervenerit zu l. 1 C. h. t., Gl. possidere zu l. 18 Pr. D. h. t. In der Gl. tuam efficio zu l. 9 § 5 D. d. A. R. D. 41, 1 wird die l. 77 dagegen als Beispiel der traditio brevi manu aufgeführt.

[83]) Ebenso Odofredus l. c. Bl. 60v.

[84]) Gl. a domino zu l. 19 Pr. D. h. t.

[85]) Gl. precaria sit zu l. 13 § 19 D. d. A. E. e. V. 19, 1.

tion gleichstehe, als der Käufer vom Kaufabschlusse ab Zinsen zahlen müsse, nicht aber insoweit, als der Verkäufer nun auch von der actio ex empto befreit sei, dass derselbe vielmehr zur Realtradition verpflichtet bleibe. Die Vermögensvereinigung bei Eingehung der societas omnium bonorum wird auch von der Glosse als constitutum possessorium aufgefasst[86]).

Als ein Konstitut sieht die Glosse endlich auch die usus fructus retentio an. Freilich tritt diese Auffassung nicht überall gleich klar hervor. So ist die Erklärung, welche die Glosse animo zu l. 3 § 1 D. h. t. gibt, mit der Azo's im wesentlichen identisch. Es heisst hier: „Cum enim conceditur a jure me posse retinere usumfructum, necessario sequitur, quod in alium transeat possessio civilis et dominium, cum solam retineam naturalem, ut infra eod. l. 12, nec enim pro derelicto possessionem vel dominium habere volui.“ Die Glosse credatur zu l. 28 C. d. don. lässt dagegen den Zusammenhang mit dem constitutum possessorium deutlich erkennen, indem sie sagt: „Statim enim quum voluit esse fructuarius, voluit alium possidere civiliter et sic possessorem fecit enim suo ministerio ut D. d. aq. p. l. 18 et d. r. vend. l. 77 et sic per consequentiam transfert dominium.“ Dasselbe gilt von der Glosse fuisset zu l. 77 D. d. R. V., welche auf die l. 28 C. d. don. Bezug nimmt. In der Glosse credatur wird die Frage aufgeworfen: „An ergo hoc casu dominium sine possessione transit?“ und diese Frage verneint. Odofredus[87]) vertritt dagegen wieder die Auffassung Azo's, während Dynus[88]) sich der Glosse anschliesst. Die über die Wirkung der usufructus retentio geltenden Grundsätze werden von der Glosse auch auf die pignoris retentio

---

[86]) Vgl. Gl. quia licet zu l. 2 D. pr. soc. 17, 2.

[87]) Ad l. 4 C. h. t., ad l. 28 C. d. don., ad l. 1 § 21 D. h. t. (Bl. 54 v). Anders freilich ad l. 18 Pr. D. h. t. (Bl. 60).

[88]) Cons. 49 Bl. 60 v.

ausgedehnt. Die Glosse emerit zu l. 1 § 4 D. d. reb. eor. 27, 9 bemerkt in dieser Hinsicht: „Emerit èt per traditionem acceperit ut apparet per sequentia: sed ante traditionem bene tenet loco pignoris, ut supra d. act. e. e. vend. l. 13 § 8 et d. her. v. a. vend. l. 20. Vel dic, quod eo ipso, quod in pignus accepit, videtur tradere, ut arg. C. d. don. l. 28."

VI. Die traditio brevi manu wird von den Glossatoren nicht als ein wegen des Verhaltens des Erwerbers, sondern nur als ein wegen des Verhaltens der Tradenten [89]) bemerkenswerter Besitzübergang erwähnt. Aeusserungen der älteren Glossatoren über das Wesen dieses Rechtsinstituts sind uns nicht erhalten; das was die Accursische Glosse hierüber sagt, ist wenig befriedigend [90]). Ein Verständnis der traditio brevi manu hat sie sich schon dadurch verschlossen, dass sie dieselbe mit der Uebereignung an den bisherigen juristischen Besitzer durchaus auf Eine Stufe stellt. So werden in der Glosse tuam efficio zur l. 9 § 5 D. d. A. R. D. 41, 1 als Stellen, welche dasselbe wie dieses Fragment besagen, unter anderen die l. 21 § 1 D. d. A. R. D. und die l. 29 Pr. D. d. ev. et stip. 21, 2 genannt. Aus dieser Gleichstellung mit dem zum Besitze hinzutretenden Eigentumserwerbe erklärt sich auch die wiederholte Allegation der l. 46, 47 D. d. R. V. 6, 1, in welcher ebenfalls von einem solchen Eigentumserwerbe die Rede ist, und die diesem Zitate entsprechende wiederholte Betonung, dass die Sache „praesens" sein müsse [91]). Da die Glosse unter dieser „praesentia", wie wir gesehen

---

[89]) Vgl. Placentinus in der Summe zum Codextitel de possessione; Azo in der Summe zum tit. I. 2, 1, Gl. nuda zu § 44 I. d. R. D., Gl. fundi zum Titel de consuet. rect. feud. 2, 33.

[90]) Vgl. auch Landsberg S. 132.

[91]) Vgl. Gl. tuam esse zu § 44 I. d. R. D., Gl. commodatum zu l. 9 § 1 D. d. P. i. rem. act. 6, 2, Gl. tuam efficio zu l. 9 § 5 D. d. A. R. D. 41, 1.

haben[92]), nur ein „apud reum“ esse, „quia possidet vel restituendi habet facultatem“ versteht, so ist das Verlangen nach derselben für die Frage nach der Auffassung der Glosse von der traditio brevi manu bedeutungslos, denn in diesem Sinne praesens ist die Sache bei der traditio brevi manu immer. Die Glosse sieht überdies von der praesentia dann ab, wenn das Veräusserungsobjekt in einer Geldsumme besteht[93]). Nur an Einer Stelle wird wenigstens ein Versuch zur Erklärung der traditio brevi manu gemacht. In der Glosse possidere zu l. 9 § 9 D. d. R. C. nämlich wird unter Bezugnahme auf die l. 18 § 2 D. h. t. ein „conspectus“ des detinierenden Erwerbers verlangt. Aber auch diese Glosse ist so verworren, dass sie das Urteil, welches man bei der Lekture der übrigen hierher gehörigen Glossen gewinnen muss, nämlich dass Accursius von dem Wesen der traditio brevi manu durchaus keine Vorstellung gehabt hat, nur verstärken kann.

Ein besseres Verständnis bringt Odofredus der traditio brevi manu entgegen. Die l. 9 § 9 D. d. R. C. 12, 1 erklärt er: „Sed ad § istum opponitur, quod solo animo acquiritur possessio. Ad quod potest dici: quia pecunia erat apud te ex causa depositi, idcirco solo animo acquiritur possessio cum corporali detentatione quam antea habebas, ut I. d. rer. div. § 44 et infra d. aq. d. l. 9.“ Dann fällt er freilich wieder in die unklare Anschauung der Glosse zurück: „Ut potest dici, quia hic erat pecunia in praesentia, et sic ratione praesentiae transit possessio, ut et alibi: infra d. aq. poss. l. 18. Item an obtinet haec in alia re? certe sic, si erat res in praesentia, alias non, ut infra eod. l. 15.“

Ebenfalls dürftig sind die Aeusserungen der Glossa-

---

[92]) Siehe oben S. 42 flg.

[93]) Gl. tuam efficio zu l. 9 § 5 D. d. A. R. D. 41, 1.

toren über die Bedeutung des Zeichens für das Eigentum. Placentinus spricht von der Signation an zwei Stellen. An der einen[94]) sagt er: „Sane vina vendita signata non debent dici quasi tradita. Nec enim fit in minimis signatio, ut intelligatur facta quasi traditio.“ Danach scheint er der Zeichnung im Zweifel die Wirkung der Tradition nicht beilegen zu wollen. An der andern Stelle[95]) heisst es: „Item arbores donatae et a donatario consignatae traditae censentur.“ Anscheinend denkt er hier an das Anschlagen der Bäume mit dem Forsthammer. Die Glosse versteht die l. 14 § 1 D. d. P. e. C. ebenso. Den Tatbestand derselben gibt sie mit den Worten wieder: „Dominus nemoris duas trabes mihi vendidit.“ Zu dem Worte signasset bemerkt sie: „Signationem vel designationem pro traditione haberi, ut hic et naut. caup. stab. l. 1 § idem ait in pen. Sed secus in vino et aliis similibus vino ut supra l. 1 § 2 quae est contra.“

Der sog. investitura abusiva, der Investitur durch Ueberreichung eines Symbols, wird von der Glosse[96]) die Wirkung der Tradition abgesprochen. Ebenso von Odofredus[97]) und Dynus[98]), von jenem, weil „jus fundi non pendet ex baculo vel festuca“, von diesem, weil „anulus et baculus seu liber nihil habet commune cum rebus quae in beneficio continentur“. Die Glosse[99]) erwähnt auch bereits die sog. scotatio, die Investitur durch Uebergabe einer Erdscholle, von welcher das c. 2 X. d. cons. 1, 4 handelt; eine Erklärung derselben wird indessen nicht gegeben.

Erwähnenswert ist endlich die Glosse transfert

---

94) Summa ad tit. C. 7, 32.
95) Summa ad tit. C. 8, 53 (54).
96) Gl. fundi zum Titel II, 33 der libri feudorum.
97) Ad l. 1 C. d. don.
98) Commentarius in regulas juris pontificii l. c.
99) Gl. claves zu § 45 I. d. R. D.

proprietatem et possessionem zu § 45 I. d. R. D.[100]): „Et sunt haec in argumento, ut si vendam equum, quem tradam per frenum vel capistrum, ut dominium transeat.“ Es fragt sich hier, ob die Glosse meint, ein Pferd könne durch die blosse Uebergabe des Zaumes oder Halfters übereignet werden, oder ob sie nur daran denkt, dass das Pferd bei der Uebergabe am Zaume oder Halfter gehalten wird, in welchem letzteren Falle sie nichts besonders Merkwürdiges besagen würde.

Die Lehre der Glossatoren ist grundlegend gewesen für die ganze spätere Doktrin bis zur Zeit Savigny's. Die rein sinnliche Auffassung des Besitzes und des Besitzerwerbes bildet den Ausgangspunkt auch für die Theorie der Folgezeit. Bloss der Fiktionscharakter des unkörperlichen Besitzerwerbes ist hier stärker ausgeprägt als bei den Glossatoren. Festgehalten wird auch an der Scheidung zwischen Tradition und Occupation; nur bei der ersteren genügt eine nicht streng körperliche Besitzergreifung. In der Erklärung der einzelnen Arten der uneigentlichen Tradition stimmt freilich die spätere Lehre nicht mit der der Glossatoren überein, wie ja auch diese untereinander nicht einig sind. Insbesondere die glossa ordinaria hat hier wenig Anklang gefunden. Die Folgezeit hat überdies zu den von den Glossatoren aufgestellten Arten der unkörperlichen Tradition noch einige,

---

[100]) Vgl. über dieselbe namentlich Johannes Faber (In Justiniani Imp. Institutiones juris civilis commentarii Lugd. 1593 ad § 45 I. R. D.): „Glossa intelligit, quod equus tradatur per capistrum vel per frenum, non videtur quare. Nam alias non potest bene nec apte tradi. Praeterea equus ducitur et sic non mirum, si dominium transferatur per visum. Sed forte glossa intendit quaerere: Quid si frenum vel capistrum tradatur, non super equo nec equo forte in praesentia existente. Et in hoc casu non videtur equus traditus, arg. l. 10 C. dep. v. c. 4, 34.“

aber sehr wenige, hinzugefügt. Vom reinen römischen Recht weicht die Doktrin der Glossatoren nicht unerheblich ab. Das corpus acquirendi gestaltet sich freier nach der Theorie der Glossatoren als nach der der römischen Juristen. Die Tradition durch Uebergabe der Veräusserungsurkunde, die Ausdehnung der l. 1 C. d. don. auf Objekte aller Art, das Aufkommen des abstrakten Konstituts sind die markanten Punkte. Auf diesem Wege, dem der Verflüchtigung des corpus acquirendi, ist die Folgezeit fortgeschritten.

§ 3.

Bedeutung der Lehre der Glossatoren für die Praxis.

Die Bedeutung der dargestellten Theorie für die Praxis liegt vor allem darin, dass sie das constitutum possessorium ohne hervortretende causa detentionis — das constitutum simplex, wie es später die Postglossatoren nannten — in das praktische Verkehrsleben eingeführt hat.

Es findet sich hier schon ziemlich frühe. Bereits in einer Urkunde von 1237 [101]) heisst es: „constituentes se possidere nomine praedictae universitatis per unicam horam tantum, qua elapsa proprietas rerum, actionum hac jurium ipsius emtoribus . . . sit totaliter devoluta." Die Zeitbestimmung ist offenbar eine Reminiscenz an die fingierte usus fructus retentio; wenn Brunner aber den ganzen Satz von einer fingierten usus fructus retentio verstanden wissen will, so ist ihm nicht beizustimmen, es liegt vielmehr ein constitutum simplex vor, womit indessen nicht geleugnet werden soll, dass die Erinnerung an die alte usus fructus retentio dem constitutum

---

[101]) Bei Brunner, Urkunde S. 118 A. 5.

simplex den Weg in die Praxis sehr geebnet haben mag. Später verschwindet die Zeitbestimmung. In dieser Gestalt tritt das constitutum possessorium z. B. in zwei, eine donatio propter nuptias enthaltenden Tridentiner Urkunden aus den Jahren 1269 und 1317 auf. In der ersteren[102]), in welcher der Aussteller bekennt: „se lege vivere Romana vel romanorum", heisst es: „Unde dictus Petrus jure pignoris et nomine donationis propter nuptias investivit dictam Bellinam ejus sponsam nominatim de tantis suis bonis mobilibus et immobilibus, presentibus et futuris, ubicumque sit vel inveniri possit, valente duplum dicte dotis cum sua donatione et per eam se possidere constituit vel quasi." Die zweite Urkunde[103]) sagt sehr ähnlich: „Contra quam dotem et pro qua dote dictus d. Egenus nomine donationis propter nuptias investivit predictam d. Pollam ejus sponsam de tantis et super tantis ejus bonis, mobilibus et immobilibus, presentibus et futuris, ubicumque ipsa se tenere voluerit in ejus electione, que bene valeat dictam dotem, et tantundem pro donatione et pro expensis, que fierent occasione petendi dictam dotem et donationem et pro ea et ejus nomine se possidere vel quasi manifestavit." Auf das Wort „investivit" ist hier kein Gewicht zu legen, eine wirkliche Auflassung liegt nicht vor[104]), wie sich schon daraus ergibt, dass sich der Schenkungsgegenstand nicht nur aus Immobilien, sondern auch aus Mobilien und Rechten zusammensetzt. — Von der Verbreitung des Konstituts in der Praxis gibt das erhaltene Urkundenmaterial aber schwerlich eine Vorstellung. Das Konstitut ist allem Anscheine nach sehr häufig angewandt worden, ja mancher Notar scheint es für einen

---

[102]) Bei Ficker, Urkunden zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens (Innsbr. 1874) nr. 458 S. 465.

[103]) Das. nr. 505 S. 515.

[104]) A. A. Sohm, Zur Geschichte der Auflassung (Strassburger Festgaben für Thöl, 1879) S. 109 Anm. 40.

notwendigen Bestandteil jeder Veräusserungsurkunde angesehen zu haben. Dieser Erfolg wurde vor allem durch die Thätigkeit des Rolandinus Passagerii herbeigeführt, eines Mannes, der zwar unter dem Einflusse der Glossatorenschule stand, selber aber der Praxis angehörte und lediglich für diese schrieb. In seiner Summa artis notariae gibt er eine grosse Anzahl von Formularen zu Veräusserungsurkunden. Soweit hier Immobilien die Veräusserungsobjekte bilden, findet sich regelmässig das constitutum possessorium. Der betreffende Passus lautet: „Quam rem idem venditor se dicti emptoris nomine constituit possidere, donec ipsius rei possessionem acceperit corporalem, quam accipiendi sua autoritate et retinendi deinceps ei licentiam omnimodo dedit." Er kommt nicht nur beim Kaufe, sondern auch beim Tausche, bei der datio in solutum, donatio, dos, feudi concessio, concessio in emphyteusim und beim Tausche zweier Emphyteusen vor. Hierbei wird niemals hevorgehoben, dass das constitutum possessorium kein notwendiger Bestandteil der Veräusserungsurkunde ist, dass es nur dann notwendig ist, wenn die Parteien einen sofortigen Eigentumsübergang beabsichtigen, es erscheint vielmehr als leere Formel, die der Notar aber nicht vergessen darf, wenn er ein allen Regeln seiner Kunst entsprechendes Veräusserungsinstrument entwerfen will. Wenn man erwägt, welchen gewaltigen Einfluss Rolandinus auf die Praxis seiner Zeit ausgeübt hat, dass fast ausschliesslich seine Formulare jahrhundertelang von den Notaren gebraucht worden sind[105], wenn man ferner bedenkt, dass der fast noch einflussreichere Durantis viele der Formulare des Rolandinus und so auch dessen Verkaufsformular wörtlich in sein Speculum juris aufgenommen hat, so wird man verstehen, wie bereits einer der frühesten und

[105]) Vgl. v. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung Bd. VI Abtlg. I (Bonn 1874) S. 186 flg.

der Praxis kundigsten der Postglossatoren, Albericus de Rosate, sagen konnte: „continue apponitur clausula illa in instrumentis, quod quis constituit se alterius nomine possidere“, und wie sich ähnliche Aeusserungen auch bei fast allen anderen Postglossatoren finden. Man wird es dann aber auch nicht für einen blossen Zufall halten, dass von den zahlreichen, sich mit Fragen aus dem Gebiete der uneigentlichen Tradition beschäftigenden Konsilien der Postglossatoren die meisten Rechtsfälle erörtern, in welchen es sich darum handelt, ob von zwei Käufern, von denen dem ersten durch constitutum possessorium, dem zweiten körperlich tradiert worden ist, jener oder dieser den Vorzug hat.

Kapitel IV.

Die Postglossatoren.

§ 1.

Vorbemerkung.

Nicht in den Prinzipien, sondern lediglich in der praktischen Ausgestaltung unterscheidet sich die Lehre der Postglossatoren vom corpus acquirendi von der der Glossatoren. Während diese fast überall nur die leitenden Gesichtspunkte aufgestellt hatten, haben die Postglossatoren die sich hieraus für die Praxis ergebenden Konsequenzen gezogen. Hierbei haben sie gesunden praktischen Sinn, einen klaren Blick für die Bedürfnisse des Verkehrs bewiesen. Daraus zum guten Teile, nicht bloss aus blindem Autoritätsglauben erklärt sich auch die auffallende Uebereinstimmung ihrer Ansichten, ein Umstand, der es ermöglicht, ja erforderlich macht, sie in der Darstellung zusammen zu fassen. Eine Ausnahmestellung nehmen nur auch in unserer Lehre die sog. Ultramontani, die französischen Postglossatoren [1], ein, besonders Petrus de Bellapertica und Guilelmus de Cuneo. Zwischen den Zivilisten und den Kanonisten besteht dagegen kein Unterschied. Mehrere Postglossatoren waren ja auch beides.

---

[1] Vgl. über sie auch Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters (Rost. 1882) S. 136 flg.

§ 2.

Die traditio ficta im allgemeinen.

I. Auch bei den Postglossatoren ist die Theorie von der traditio ficta im wesentlichen lediglich ein Resultat ihrer Interpretation des corpus juris civilis. Andere als römisch-rechtliche Einflüsse haben auf ihre Lehre nur in sehr geringem Masse eingewirkt. In Betracht kommen: das germanische Recht, Aussprüche der Bibel, die scholastische Philosophie.

Deutschrechtliche Anschauungen sind für die Doktrin der Postglossatoren bekanntlich an vielen Stellen bestimmend gewesen, wie sich dies aus dem Umstande, dass sie das corpus juris civilis überall vom Standpunkte ihrer Zeit aus interpretierten, ja auch mit Notwendigkeit ergeben musste. Auch die Traditionstheorie hätte reichliche Gelegenheit zum Hineintragen germanischer Rechtsideen dargeboten. Doch findet sich hier eine Einwirkung des deutschen Rechts, ausser der bereits im vorigen Kapitel erwähnten [2]), die Lehre von der clavium traditio betreffenden, nur in der Frage nach der Bedeutung des Zeichens für die Uebertragung und den Beweis des Eigentums.

Die in den Postglossatorenschriften so häufigen Anführungen von Bibelstellen entsprechen durchaus der Richtung der mittelalterlichen Wissenschaft. So wie es für die Philosophen der höchste Triumph war, die Uebereinstimmung des Aristoteles mit der Offenbarung nachgewiesen zu haben [3]), so musste es auch den Juristen der Zeit zur ganz besonderen Befriedigung gereichen,

---

[2]) Siehe oben S. 46.

[3]) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abtlg. I S. 103.

eine von ihnen vertretene Ansicht durch eine Bibelstelle belegen zu können. Auch in der uns beschäftigenden Lehre werden hin und wieder Bibelstellen zitiert, doch sind sie hier blosser Zierat, auf die Gestaltung der Ansichten der Postglossatoren haben sie nicht eingewirkt.

Von erheblicherer Bedeutung für die Dogmengeschichte der Tradition ist der Einfluss gewesen, welchen die scholastische Philosophie auf die Postglossatoren ausgeübt hat, was freilich grösstenteils erst in der Folgezeit hervortritt. Auch hat die Scholastik auf die Theorie der traditio ficta als ganze nur insofern eingewirkt, als sie gewisse ihr angehörige Ausdrücke in diese Lehre eingeführt hat, materiellen Einfluss dagegen hat sie nur auf die Konstruktion der einzelnen Traditionsarten geübt. Das Wort „actus“, mit welchem die Postglossatoren regelmässig das körperliche Moment des Besitzerwerbes bezeichnen, findet sich allerdings schon im corpus juris civilis (l. 1 § 21 D. h. t.) und bei den Glossatoren, doch ist die Häufigkeit seines Gebrauches sicherlich auf die Einwirkung der Scholastik zurückzuführen. Das Gegenstück des actus, die potentia, wird von den Postglossatoren nur zur Erklärung einzelner Arten der uneigentlichen Tradition verwendet. So findet Jacobus Butrigarius[4]), der wohl am meisten von allen Postglossatoren durch die Scholastik beeinflusst worden ist, die Erklärung dafür, dass die praesentia dieselben Wirkungen wie die eigentliche Apprehension habe, darin, dass die „potentia proxima ad actum“ dem „verus actus“ rechtlich gleichstehe. Albericus de Rosate[5]) sagt von der übereignenden Kraft der Schlüsselübergabe: „et est ratio, quia de facili poterat ille aperire et possessionem

---

[4]) Super Codice lectura (Par. 1516) ad l. 4 h. t.

[5]) In secundam Digesti veteris partem commentaria (Venet. 1585) ad l. 74 d. C. E. 18, 1 Bl. 137 v.

apprehendere, unde licet non sit in actu, est tamen in facili potentia, quod sufficit.“ Angelus de Ubaldis[6]) gebraucht die potentia in der Lehre vom constitutum possessorium, von dem er äussert: „hoc in animo et in animi potentia consistit.“ Auch der Begriff der Substanz wird von den Postglossatoren verwertet. So sagt Baldus[7]) von der investitura abusiva: „non consistit in substantia possessionis,“ und Jason[8]) spricht von einer „substantia debiti“.

Die bei weitem wichtigste Einwirkung der Scholastik auf die Theorie von der uneigentlichen Tradition besteht aber in der Einführung des Momentes der Repräsentation in diese Lehre. Die Repräsentation spielt in der scholastischen Philosophie eine grosse Rolle, vor allem in dem nominalistischen Zweige derselben. Mit dem Begriffe der Repräsentation waren auch die Postglossatoren wohl vertraut und vielfach haben sie mit demselben operiert. Hier haben sie von demselben aber allerdings eine Anwendung gemacht, für welche die Philosophie keinen Anhalt darbot: zur Erklärung derjenigen Fälle der Tradition nämlich, in welchen durch Uebergabe einer Sache eine andere übereignet wird. Sie nehmen hier an, dass die übergebene Sache die übereignete repräsentiere, resp. die Uebergabe der ersteren die der letzteren. So erklären sie die Tradition durch Uebergabe der Erwerbsurkunde, die Tradition des Gebäudes durch Uebergabe der Schlüssel und die Skotation. In dieser Verwertung des Repräsentationsbegriffes liegen die Keime der Theorie von der symbolischen Tradition, deren Name bei den Postglossatoren allerdings noch nicht vorkommt. Denn wenn diese Ver-

---

[6]) Consilia (Lugd. 1532) cons. 387 Bl. 166 v.

[7]) In usus feudorum commentaria. Liber II Rubrica: Quid sit investitura nr. 2 S. 31.

[8]) Consiliorum sive responsorum vol. IV (Francof. a. M. 1609) cons. 111 nr. 1.

wertung sich auch durchaus nicht bei allen Postglossatoren, ja nicht einmal bei der Majorität derselben findet, so findet sie sich doch gerade bei solchen, welche auf die spätere Jurisprudenz einen besonders hervorragenden Einfluss ausgeübt haben, insbesondere bei Johannes Faber und Baldus. Mit deutschrechtlichen Anschauungen haben diese Anfänge der symbolischen Tradition nichts zu schaffen; einen Anknüpfungspunkt hätte nur die Lehre von der Investitur geboten, gerade dieser sprechen die Postglossatoren aber, ebenso wie die Glossatoren, fast ohne Ausnahme die Kraft, Eigentum und Besitz zu übertragen, ab, und zwar deswegen, weil der Stab, der Ring und die sonstigen Investitursymbole das Grundstück zu repräsentieren nicht geeignet seien.

II. Bei den Postglossatoren tritt in der Auffassung der körperlichen Tradition das Moment der Fiktion stärker hervor, als bei den Glossatoren, die technische Bezeichnung der unkörperlichen Tradition ist jetzt traditio ficta; doch handelt es sich im wesentlichen nur um eine Namensänderung, denn auch die traditio ficta der Postglossatoren ist eine Unterart der Tradition [9]. Nur dann, wenn dieselbe der traditio gegenüber gestellt wird, wird unter der letzteren bloss die körperliche Tradition verstanden; wenn sonst von der Tradition die Rede ist, begreift dieser Ausdruck auch die traditio ficta unter sich. Zu dem Begriffe der traditio ficta gelangen die Postglossatoren auf demselben Wege wie die Glossatoren. Auch sie gehen von der Erklärung des Wortes possessio aus; auch sie leiten dasselbe von pes ab und nehmen daher gleich den Glossatoren an, dass der Besitz nur durch unmittelbare körperliche Berührung erworben werden könne, an unbeweglichen Sachen durch Betreten, an beweglichen durch Erfassen. Den Umstand, dass die

[9]) Vgl. über diese Auffassung von Fiktion Exner S. 154 Anm. 6.

l. 1 Pr. D. h. t. nur von den „pedes", nicht auch von den „manus" spricht, deuten sie in verschiedener Weise. Franciscus de Accoltis[10]) betont das Wort „quasi" in der genannten Stelle, welches eine „improprietas" andeute und erkennen lasse, dass der Besitz nicht notwendig „pedibus" erworben werden müsse, dass vielmehr jedes „instrumentum naturale" zum Besitzerwerbe genüge. Baldus[11]) findet die Erklärung in der Bedeutung der Füsse für den ganzen Körper, sie sind ihm „firmum totius corporis sustentaculum", welches sich zum übrigen Körper ebenso verhalte, „sicut bases ad columnas, qui stare non possunt nec in aëre quia a terra sustentandi sunt". Paulus Castrensis[12]) weist auf die wirtschaftliche Bedeutung der „pedibus" zu erwerbenden Objekte, der Immobilien, hin, die „possessio rerum immobilium" ist „dignior" als die „vilis et abjecta possessio" der Mobilien, „ideo a digniori fit denominatio". Jason billigt diese Erklärung, er fügt noch in Anlehnung an die Glosse folgende hinzu: Die Benennung der possessio nach den Füssen rechtfertige sich „propter originem rei". „Nam homines a principio prius ceperunt pedibus acquirere possessionem, quam aliquid naturaliter attingere, ita quod origo fuit a pedibus, quia quicquid calcaverit pes tuus, tuum erit." — Pes und manus sind die beiden instrumenta, die „secundum proprietatem actus" zum Besitzerwerbe dienlich sind[13]), beide Werkzeuge Eines Sinnes, des Tastsinns, der allein von allen Sinnen von der Natur zur Besitzergreifung bestimmt ist[14]). Das

---

[10]) Commentaria in primam et secundam Digesti novi partem (s. l. 1538) ad l. 1 Pr. h. t.

[11]) Ad tres priores libros Decretalium commentaria (Lugd. 1585) ad tit. d. caus. poss. et propr. 2, 12 Rubr. § 2.

[12]) Vgl. Jason de Maino, In Digestum novum (Lugd. 1560) ad l. 1 Pr. h. t. Bl. 46.

[13]) Angelus de Ubaldis, Commentarius in Codicem (II bis IX) (s. l. e. a.) ad l. 2 h. t.

[14]) Vgl. Franciscus de Accoltis ad l. 18 § 2 D. h. t. Bl. 39.

positive Recht [15]) hat aber, allerdings nur für den Fall der Tradition, in Berücksichtigung der aequitas [16]) ausser dem Betreten und Erfassen auch gewisse andere Tatbestände als zum Erwerbe des Besitzes ausreichend anerkannt, Tatbestände, durch welche eine unmittelbare körperliche Verbindung zwischen dem Besitzergreifenden und dem Besitzobjekte nicht hergestellt wird. Da nun aber ohne die Herstellung einer solchen Verbindung der Natur der Sache nach Besitz nicht erworben werden kann, so muss das Recht zur Erzielung dieses Effektes eine unmittelbare körperliche Verbindung als hergestellt fingieren. So ergibt sich der Begriff einer apprehensio und traditio ficta.

Neben dem Ausdrucke traditio ficta kommen bei den Postglossatoren zur Bezeichnung der uneigentlichen Tradition gelegentlich noch andere Wendungen vor. Wiederholentlich wird sie traditio civilis genannt [17]). Baldus [18]) bezeichnet die Tradition durch Uebergabe der Erwerbsurkunde als „intellectualis traditio". Hin und wieder [19]) findet sich anstatt ficta: praesumpta traditio.

---

[15]) Siehe z. B. Baldus, In usus feudorum commentaria. Prael. nr. 28 Bl. 3v: „Certi sunt modi introducti a jure possessionis transferendae," und desselben in Codicis libros commentaria (Venet. 1615) ad l. 4 h. t. Bl. 21; Angelus de Ubaldis ad l. 4 C. h. t. l. c.: „Ordinatum ex juris civilis introductione"; Antonius de Butrio, Pars prima super primo Decretalium (Lugd. 1556) ad c. 2 d. cons. 1,4 Bl. 69v: „Sunt tamen a jure quidam actus terminati, qui vocantur actus ficti, ex quibus transfertur artificialiter possessio."

[16]) Bartolus, In primam Digesti novi partem commentaria (Opera omnia. Basil. 1588 tom. III) ad l. 15 D. d. us. et us. 41,3 S. 310 nr. 67.

[17]) Vgl. Baldus ad l. 1 C. q. lic. a. empt. disc. 4,45 Bl. 117, ad l. 1 C. d. don. Bl. 179; Angelus de Ubaldis cons. 387 Bl. 166v; Guido Papae, Decisiones (Francof. 1609) quaestio 509 S. 316.

[18]) Ad l. 1 C. d. don. Bl. 179.

[19]) Baldus, Ad quatuor Institutionum libros (Lugd. 1589)

Auch ist davon die Rede, dass durch die uneigentliche Tradition „artificialiter“ [20]) oder „artificiose“ [21]) der Besitz erworben werde. Angelus de Ubaldis [22]) nennt die traditio ficta einmal einen „actus imaginarius“. Cinus [23]) bezeichnet sie als „id quod pro traditione rei est“, Petrus de Boatteriis [24]) ähnlich als ein „aequipollens“ der traditio. Quasi traditio ist dagegen auch bei den Postglossatoren [25]) die regelmässige Bezeichnung für die auf Seiten der Tradenten unkörperliche Tradition. Zur quasi traditio gehören deshalb ausser den Fällen der traditio ficta auch Fälle, in welchen der Erwerber körperlich apprehendiert, so die der l. 2 C. h. t. [26]) und der l. 48 D. h. t. [27]). Eine quasi traditio liegt nach den Postglossatoren auch in der l. 15 D. d. R. C. 12, 1 und der l. 3 § 12 D. d. don. int. vir. e. ux. 24, 1 vor, wo dieselbe erfolgt „per celeritatem unius actus alium occultantis“ [26]). Identisch mit ihr ist die patientia. Auch die patientia beruht auf einer „fictio juris civilis“ [27]), doch ist diese fictio eine

---

ad § 44 d. R. D. 2, 1; Raphaël Fulgosius, In D. Justiniani Codicem commentariorum tomus primus (Lugd. 1547) ad l. 20 d. pact. 2, 3 Bl. 61 v.

[20]) Antonius de Butrio l. c. Bl. 69.

[21]) Nicolaus de Tudeschis (Panormitanus), Lectura super V libros Decretalium (s. l. e. a.) ad c. 2 d. cons. 1, 4.

[22]) Super prima Digesti novi parte (Mediol. 1494) ad l. 1 § 20 h. t.

[23]) Super Codice et Digesto veteri lectura (Lugd. 1547) ad l. 1 C. d. don. Bl. 360.

[24]) Expositio domini Petri de Boatteriis Bononiensis in summam artis notariae domini Rolandini Bononiensis (Venet. 1583) Bl. 6. Vgl. über ihn v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 193.

[25]) Zweifelhaft Franciscus de Accoltis, In primam et secundam partem Codicis commentaria (s. l. 1538) ad l. 20 d. pact. Bl. 20.

[26]) Vgl. z. B. Baldus ad l. 20 C. d. pact.; Salycetus, Primae partis Codicis commentarii (Lugd. 1549) ad eand. leg. Bl. 73 v.

[27]) Salycetus l. c.

„fictio in modo tradendi“ [28]). Einen Beweis dafür, dass der unkörperliche Besitzerwerb lediglich einer Fiktion seine Geltung verdankt, finden die Postglossatoren in dem Umstande, dass fast alle Gesetzesstellen, welche einen Besitzerwerb ohne unmittelbar körperliche Apprehension behandeln, dies in Wendungen wie: „pro traditis haberi“, „tradita intelligi“, „tradita videri“, „quasi tradi“ thun, Wendungen, in welchen die Postglossatoren den Ausdruck einer Fiktion sehen [29]).

III. Einen Besitzerwerb ohne eigentliche Apprehension lassen die Postglossatoren aber nur bei der Tradition, nicht bei der Occupation zu. Nur dann, wenn der bisherige Besitzer mit der Besitzergreifung des neuen einverstanden ist, kann der letztere durch bloss fingierte Apprehension den Besitz erwerben. An diesem Satze haben die Postglossatoren strenge festgehalten [30]). Jason [31]) tadelt deshalb auch den Albericus

---

[28]) Baldus, In usus feudorum commentaria. Praeludia nr. 28 Bl. 3 v.

[29]) Vgl. z. B. Franciscus de Accoltis ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 69 Bl. 9 und ad l. 18 § 2 eod. Bl. 39, auch consiliorum seu responsorum Alexandri Tartagni Imolensis lib. VI (Francof. a. M. 1610) cons. 218 nr. 3 S. 289; Jason ad l. 1 § 21 D. h. t. l. c. Bl. 61; Alexander de Nevo, Consilia (Venet. 1560) cons. 78 nr. 7 Bl. 88.

[30]) So sagt Cynus (ad l. 4 C. h. t. Bl. 304): „Aut sunt res ab alio possessae et tunc per visum solum possunt quaeri . . . aut sunt res vocantes vel pro derelicto habitae et tunc in eis requiritur apprehensio.“ Auch Bartolus (ad l. 3 Pr. D. h. t. und ad l. 77 D. d. R. V. 6, 1, in primam Digesti veteris partem commentaria. Opera omnia. Basil. 1588) fordert den „affectus tradentis“; Angelus de Ubaldis (ad l. 1 § 21 D. h. t.) lässt Besitzerwerb „oculis et aspectu“ nur zu „concurrente intentione tradentis seu tradere volentis“. Vgl. auch Alexandri Tartagni Imolensis . . . in I et II Digesti novi partem commentaria (Venet. 1576) ad l. 1 Pr. h. t. Bl. 60; Christophori Portii Papiensis super tres priores Institutionum divi Justiniani libros commentaria (Lugd. 1550) ad § 44 d. R. D. 2, 1 nr. 5 Bl. 50; Franciscus de Accoltis ad l. 1 Pr. und l. 30 § 5 D. h. t. l. c. Bl. 3 resp. 47

de Rosate, der berichtet[32]), er habe einmal einem Freunde, „qui propter guerram non audebat accedere ad adipiscendam possessionem beneficii sui," den Rat erteilt, auf einen Berg zu steigen, von welchem aus er die zu seiner Pfründe gehörigen Aecker und Häuser sehen könne, und so „per aspectum oculorum" den Besitz zu erwerben; denn offenbar ist hier der konkurrierende Wille des bisherigen Besitzers nicht vorhanden gewesen. Dieser Satz ist es auch nach der Ansicht der Postglossatoren[33]), der in der l. 3 § 3 D. h. t. den Paulus bestimmt, der Ansicht des Sabinus beizutreten; den Besitz eines in meinem Grundstücke vergrabenen Schatzes kann ich nur durch wirkliche Apprehension erwerben. Denselben Satz betrachten die Postglossatoren[34]) auch als den Grund dafür, dass die l. 18 § 2 D. h. t. von dem Tradenten die Erklärung fordert, „vacuam se possessionem tradere," denn wenn das Traditionsobjekt zur Zeit des aspectus von einem tertius besessen wird, so genügt der blosse aspectus zum Eigentums- und Besitzerwerbe nicht. Aus der Notwendigkeit der Mitwirkung des bisherigen Besitzers zum Besitzerwerbe ohne unmittelbar körperliche Apprehension folgern die Postglossatoren ferner, dass eine traditio ficta des blossen Detentors unwirksam und nicht geeignet sei, Besitz entstehen zu lassen[35]), eine Ansicht, für deren

---

und dessen commentaria in secundam Digesti veteris partem (1538) ad l. 9 § 9 d. R. C. 12, 1 etc. Abweichender Ansicht ist anscheinend Jacobus Butrigarius, der wiederholt (ad l. 1 und ad l. 4 C. h. t.) die bekannte l. 55 D. d. A. R. D. 41, 1 als Beispiel fingierten Besitzerwerbes anführt.

[31]) Ad l. 1 § 21 D. h. t. Bl. 61.

[32]) In primam partem Digesti novi commentaria (Venet. 1585) ad l. 18 § 2 h. t. Bl. 78v.

[33]) Vgl. Bartolus ad l. 3 § 3 D. h. t. S. 244; Jason ad eand. leg. Bl. 65.

[34]) Vgl. Jason ad l. 1 § 21 D. h. t. Bl. 61.

[35]) Vgl. Bartolus ad l. 18 Pr. D. h. t.; Johannes de

Richtigkeit sie in der l. 32 § 1 D. h. t. eine Bestätigung zu finden glauben. Besonders häufig behandeln sie den Fall, dass die traditio ficta durch einen procurator erfolgt. Auch hier lassen sie, wenn nicht ein Spezialmandat vorhanden ist[36], den Besitz nicht übergehen, und zwar auch dann nicht, wenn der Tradent procurator omnium bonorum, tutor oder curator des Besitzers ist. Ganz unbestritten zwar scheint diese Meinung, wenigstens in der angegebenen Ausdehnung, nicht gewesen zu sein[37], aber sie war jedenfalls die herrschende[38]. Schon Albericus de Rosate[39] bespricht einen hierher gehörigen Rechtsfall. In Bologna hatte die Veräusserung eines hospitale stattgefunden, die dazu gehörigen Schlüssel waren ausgehändigt worden, es war dies indessen allein durch den procurator geschehen, obgleich „multi alii ministri et pauperes" vorhanden waren, „qui possidebant cum eo". Den Streit, der sich darüber erhob, ob das Eigentum an dem hospitale übergegangen sei oder nicht, entschied die curia Romana im verneinenden Sinne: „Est ergo necesse ad hoc, ut per clavium traditionem transferatur possessio, quod tradantur per illum qui habet

---

Imola, In primam Digesti novi partem commentaria (Venet. 1580) ad l. 21 § 3 und l. 51 h. t.; Paulus Castrensis, Consiliorum sive responsorum volumen primum (Venet. 1571) cons. 10 Bl. 5v; Franciscus de Accoltis ad l. 9 § 9 D. d. R. C. 12, 1 und ad l. 30 § 3 D. h. t.; Philippi Decii consilia sive responsa (Francof. a. M. 1588) cons. 400 nr. 9 Bl. 438.

[36]) Einen solchen Fall behandelt das consilium 387 des Angelus de Ubaldis.

[37]) Vgl. die Anführungen bei Andreas Alciatus: Opera omnia in quatuor tomos legitime digesta. Francof. a. M. 1617. Tom. I ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 60.

[38]) Vgl. z. B. Johannes de Imola ad l. 1 Pr. D. h. t. Bl. 55; Alexander Tartagnus ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 87 Bl. 63; Ruinus, Responsorum sive consiliorum tomus I conventionum jura complectens (Venet. 1579) cons. 143 nr. 5, 19 Bl. 196v sq.

[39]) Ad l. 1 § 21 D. h. t. Bl. 78v.

possessionem.“ Spätere fassen besonders den Fall ins Auge, dass der „procurator generalis, tutor vel curator in instrumento venditionis constituat se possidere nomine emptoris, cui vendidit rem pupilli vel ejus cui negotia administrat“ [40]). Sie nehmen an, hier gehe Besitz und Eigentum nicht über „eo quia mediante constituto ita demum transfertur possessio, si ipse constituens possidebat alias non“ [40]), eine Entscheidung, die für den Fall, in welchem der Prokurator etc. den Willen, von nun an für den Erwerber zu besitzen, im eigenen Namen erklärt, allerdings zutreffend ist; die Postglossatoren denken indessen nicht nur an diesen Fall, sondern auch an denjenigen einer Erklärung im Namen des Prinzipals oder Pflegebefohlenen.

IV. Auch die Postglossatoren nehmen ebenso wie die Glosse an, dass dem Besitzerwerbe durch traditio ficta ein actus corporalis keineswegs fehle [41]).

---

[40]) Jason ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 101 sq.

[41]) Vgl. z. B. Johannes Faber ad tit. I. d. interd. S. 613: „Unde in omnibus fallentiis, quae sunt ibi (in der l. 3 Pr. D. h. t.) in glossa, est aliquis actus corporalis vel visus vel receptiones clavium,“ ferner ad § 44 d. R. D.: „Hic non videntur bonae concordantiae ad hunc §; immo videtur potius ad contrarium, quia in quolibet est aliud, quod pro traditione habetur, et aliquis actus corporeus vel visus, actus corporis alieni vel proprii, et sic non videtur, quod sufficiat nuda voluntas, cuius contrarium hic dicitur,“ und ad l. 4 C. h. t. (in Codicis Just. priores libros IX annotationes nuncupatae Lugd. 1594): „Sed quaeritur, qualiter acquiratur? Et dic quod corpore et animo. Sed glossa dicit ibi, quod fallit in multis casibus, sed dic quod in nullo fallit, quia in quolibet est ibi actus corporalis, vel visus vel receptio clavium.“ Zu dieser Lex bemerkt Cynus (l. c. Bl. 303 v): „Nota ex lege ista, quod possessio non quaeritur solo animo, immo requiritur in ea quaerenda corpus et animus. Ad legem istam opponitur et videtur, quod sine corpore quaeratur, ut D. eod. l. 18 § 2. Quidam dicunt, quod fallit in quibusdam casibus . . . Vel in omnibus istis casibus versatur corporalis actus.“ Vgl. ferner Albericus de Rosate

Auch bei ihnen ist dieser actus corporalis kein einheitlicher Begriff, sondern ein blosses Konglomerat von Begriffen. Die Zusammenfassung einzelner derselben unter einem gemeinschaftlichen Gesichtspunkte als Folge der Anwendung von Sätzen der scholastischen Philosophie ist bereits erwähnt worden. Die Annahme des Vorhandenseins eines actus corporalis auch bei dem Erwerbe durch traditio ficta enthält die Verwerfung der Ansicht, dass dieselbe einen Besitzübergang durch blossen Vertrag (solo verbo)

---

ad l. 3 Pr. D. h. t.: „Nam dicere, quod fallebat“ (die Regel: „adipiscimur possessionem animo et corpore“) „in casibus superioribus nihil est, quia si bene inspiciatur, in quolibet dictorum casuum invenietur intervenisse actus corporeus,“ und ad l. 51 eod.: „Sic ergo considerata veritate non est intervenire aliquem casum, in quo possessio quaeri potuit solo animo. Nam opus est, quod aut interveniat animus et actus vere corporeus aut aliquid, quod pro actu corporeo reputetur ex parte recipientis possessionem vel eius procuratoris vel gestoris, cuius factum recipientis reputatur.“ Jacobus Butrigarius ad l. 1 C. h. t.: „Nam quinquies fingitur unum corpus intervenire pro alio,“ und ad l. 4 eod.: „Opponitur quod solo animo quaeritur possessio . . . Solum, ut glossa, quia ibi speciale. Vel melius ibi semper adest actus corporis.“ „Vos quaero, quando acquiritur possessio. Respondeo opus, quod interveniat corpus et animus, sive civilem tantum sive naturalem tantum sive utramque vellem acquirere, licet non semper interveniat verus actus, ut quod unum corpus pro alio fingitur.“ Bartolus ad l. 3 Pr. D. h. t.: „Fallit ibi“ (die oben erwähnte Regel) „et in aliis casibus, quae vide in glossa. Et est secunda solutio, quod in omnibus praedictis casibus intervenit actus corporeus per aliquem ex sensibus corporeis, qui sunt quinque.“ Angelus de Ubaldis ad l. 4 C. h. t.: „Nudo animo, dic abstracto ab omni actu corporeo quia in acquisitione possessionis requiritur animus et etiam factum . . . Et nullus casus invenitur secundum doctores et glossatores juris civilis, in quo transferatur possessio nullo interveniente actu corporeo ordinato ad tradendum.“ Nicolaus de Spinellis (Lectura sub toto Institutionum libro. Papiae 1506 ad § 44 d. R. D.): „Glossae opponitur tribus modis, primo d. l. traditionibus. Rationem dic, sed in istis casibus non fallit, quia intervenit aliud pro traditione.“

darstelle[42]). Die Besitz- und Eigentumsübertragung durch blossen Vertrag bekämpfen die Postglossatoren in energischer Weise. Sie opponieren deshalb auch gegen die Praxis, die nach ihrer Darstellung auch zu ihrer Zeit noch annahm, dass, wenn jemand eine auf ihn ausgestellte Urkunde produziere, in welcher es von dem bisherigen Eigentümer heisse: vendidit et tradidit, er damit sein Eigentum auch gegen Dritte[43]) beweise. Zur Widerlegung dieser Meinung berufen sich die Postglossatoren, ebenso wie bereits die späteren Glossatoren, vor allem auf die l. 48 D. h. t. Sie führen aus, dass auch hier der Schenkgeber erkläre: „se tradidisse possessionem", ohne doch den Besitz dadurch zu übertragen, und folgern hieraus, dass das in einer Veräusserungsurkunde gebrauchte „tradere" nur bedeute, der Veräusserer ermächtige den Erwerber, „propria autoritate" den Besitz zu ergreifen. Nur dann nehmen die Postglossatoren, ebenfalls in Uebereinstimmung mit den späteren Glossatoren, den Beweis des Eigentums als geführt an, wenn die sich auf die Wendung „vendidit et tradidit" beschränkende Veräusserungsurkunde im Angesichte des Objekts abgefasst worden ist, hier ist dann aber der Eigentumserwerb „per aspectum" erfolgt[44]). Auch unter

---

[42]) Vgl. z. B. Baldus, In usus feudorum commentaria Praeludia nr. 28 Bl. 3v: „Nam solo verbo non transit dominium nec possessio"; consiliorum sive responsorum volumen primum (Francof. a. M. 1589) cons. 337 nr. 12 Bl. 98v: „Quia possessio non transit ex solo contractu . . . et ita determinat glossa, quod possessio non transit sine traditione vel aliquo actu, qui habetur pro traditione, nec mirum, quia etiam in haeredem non transit possessio nisi apprehensa, quia in facto consistit et in actu corporeo vel quasi."

[43]) Dass er mit Hilfe einer solchen Urkunde gegen seinen Mitkontrahenten im Eigentumsstreite obsiege, nehmen auch die Postglossatoren an. Vgl. Butrigarius ad l. 2 C. h. t. Bl. 39v; Baldus ad l. 7 § 11 D. d. Publ. i. r. act. 6, 2.

[44]) Vgl. Johannes Faber ad l. 2 C. h. t.; Albericus

den Postglossatoren hat die Ansicht Vertreter gefunden, dass durch Veräusserungsurkunden der in Rede stehenden Art wenigstens der Erwerb einer beweglichen Sache bewiesen werde, eine Ansicht, welcher, wie erwähnt, allem Anscheine nach Rolandinus Passagerii gehuldigt hat. Albericus de Rosate berichtet[45]), dass Ubertus de Bobio[46]) dieselbe vorgetragen und sich zu ihrer Unterstützung auf l. 2 C. h. t. berufen habe. Ubertus de Bobio hat also anscheinend in Uebereinstimmung mit der Glosse tradita sit angenommen, dass die l. 2 cit. eine Uebereignung durch eine das Wort tradere enthaltende Veräusserungsurkunde anerkenne, die Zulässigkeit dieser Uebereignung aber wegen l. 48 D. h. t. auf die von dieser Stelle nicht betroffenen Mobilien[47]) beschränkt. Dem Ubertus de Bobio pflichtet Christophorus Portius[48]) bei, der hierbei ohne Grund den Bartolus als seinen Gewährsmann nennt, und Baldus[49]),

---

de Rosate ad l. 48 D. h. t., ad l. 77 D. d. R. V. 6, 1; Jacobus Butrigarius ad l. 2 C. h. t.; Bartolus ad l. 48 D. h. t., in secundam et tertiam partem Codicis commentaria ad l. 2 h. t.; Baldus, In usus feudorum commentaria. Liber II. Rubr. quid sit investitura nr. 11 und ad l. 2 C. h. t.; Angelus de Ubaldis ad l. 2 C. h. t.; Johannes de Imola ad l. 48 D. h. t.; Franciscus de Accoltis ad l. 3 Pr. D. h. t., der im Zweifel Abwesenheit der Sache annehmen will; Antonius de Butrio ad c. 9 X. d. rest. spol. 2, 13 Bl. 126 v, der sich wenigstens gegen die Präsumption der Präsenz erklärt; Jason ad l. 5 D. h. t. etc.

[45]) Ad l. 48 D. h. t. Bl. 88 v.

[46]) Vgl. über ihn v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. V S. 143 flg.

[47]) Die servi der l. 48 D. h. t. kommen in der Tat als selbständige Veräusserungsobjekte nicht in Betracht.

[48]) Ad § 40 I. d. R. D. nr. 2 Bl. 49.

[49]) Rubr. C. d. C. E. 4, 38 nr. 38 Bl. 107. Vgl. über diese Stelle auch W. v. Brünneck, Ueber den Ursprung des sog. jus ad rem (Berl. 1869) S. 101 Anm. 54. Der hier von Baldus gebrauchte Ausdruck: traditio mentalis, den v. Brünneck so sehr urgiert, bedeutet schwerlich etwas anderes als eine Tradition, die

der sagt: „Aut res est mobilis vel se movens, quae potuit tunc tradi, et tunc instrumentum probat traditionem, aut res est mobilis vel immobilis, quae tunc non potuit tradi, et tunc operatur licentiam occupandi vel accipiendi possessionem.“ Johannes Calderinus nahm nach dem Berichte des Johannes de Imola an[50]), dass Veräusserungsurkunden über bewegliche Sachen wenigstens die Vermutung für sich haben, angesichts der Objekte ausgestellt zu sein, die Abwesenheit der letzteren also von dem den Eigentumsübergang Bestreitenden bewiesen werden muss. Zwar sagt Johannes de Imola von dieser Ansicht: „quod tene menti,“ doch hat sie Anhänger anscheinend nicht gefunden.

Das was die Postglossatoren an die Stelle des „vendidit et tradidit“ gesetzt wissen wollten, war das abstrakte constitutum possessorium, d. h. an die Stelle der einen Formel eine andere. Denn wenn auch, wie wir sehen werden, den Postglossatoren die Auffassung des Konstituts als eines Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter durchaus nicht verloren gegangen ist, so hat diese Auffassung doch auf die Art und Weise, in welcher das Konstitut von den Postglossatoren tatsächlich verwendet wird, nur in verschwindendem Masse eingewirkt. Insbesondere wird nirgendwo betont, dass die Erklärung: „constituo me tuo nomine possidere“ doch nur dann am Platze ist, wenn der Veräusserer wirklich die Absicht hegt, von jetzt an Stellvertreter des Erwerbers zu sein. Der von den Postglossatoren so lebhaft bekämpfte Besitzübergang solo verbo ist also von ihnen durch eine Hinterthür wieder eingeführt worden, nur das verbum hatte gewechselt. Auch haben sie das „vendidit et

---

der Veräusserer erst im Sinne hat, bei der sich sein Wille noch nicht in die Tat umgesetzt hat, eine erst geplante Tradition.

[50]) In primum Decretalium commentaria (Venet. 1575) ad c. 2 d. cons. 1, 4.

tradidit“ durchaus nicht aus der Praxis zu verdrängen vermocht. Noch der letzte namhafte Vertreter der Schule, Jason, sagt von diesem Passus: „semper solet dici in instrumentis“ [51]). An diesem Misserfolge hatte sicherlich auch die in der Lehre vom constitutum possessorium zu besprechende Theorie vom stillschweigenden Konstitut Anteil, die von einer nicht unerheblichen Minorität der Postglossatoren vertreten wurde und das „vendidit et tradidit“ als constitutum possessorium aufrecht erhielt.

V. Durch die Auffassung der traditio ficta als eine der Natur der Sache nicht entsprechende Fiktion der Gesetzgebung werden die Postglossatoren, wenigstens zum Teil, zu einigen sonderbaren Behauptungen verleitet.

Schon die Glosse verlangte zur Uebertragung auch nur des Besitzes durch constitutum possessorium das Vorhandensein einer justa causa traditionis [52]). Die Postglossatoren gehen weiter, sie dehnen diesen Satz auf alle Arten der traditio ficta aus. Sie leiten denselben aus der l. 1 § 4 D. h. t. [53]) ab. Sie beziehen hier „res facti“ auf „cedere possessione“ und folgern, dass eine cessio possessionis, die nicht „res facti“ ist, allerdings durch das jus civile entkräftet werden könne. Da nun die traditio ficta keine „res facti“ ist, vielmehr

---

[51]) Ad l. 5 D. h. t. Bl. 76v. Vgl. auch Baldus ad l. 2 C. h. t. Bl. 20v: „Licet instrumentum dicat, talis vendidit et tradidit, prout hic fit communiter“; Angelus de Ubaldis ad eand. l. l. c.: „Nam licet instrumentum dicat, talis dedit, vendidit et tradidit, prout hodie communiter fit per tabellionem“; Johannes ab Imola ad l. 48 D. h. t. Bl. 67: „Per verba, quae in instrumentis assidue ponuntur: vendidit et tradidit“ etc.

[52]) Vgl. oben S. 53.

[53]) Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem cum maritus ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

auf lediglich positivrechtlicher Grundlage ruht, so unterliegt auch sie den Bestimmungen des jus civile. Indem schliesslich die Postglossatoren das, was hier von den Schenkungen unter Ehegatten gesagt ist, auf alle Fälle ausdehnen, in welchen ein zivilrechtlich gültiger Titel zur Eigentumsübertragung fehlt, gelangen sie zu der Behauptung, dass die traditio ficta ohne einen solchen Titel keinerlei Rechtswirkungen, auch nicht die der Uebertragung des Besitzes erzeuge. Unbestritten ist diese Meinung, wie natürlich, unter den Postglossatoren allerdings nicht gewesen, gar viele von ihnen haben geschwankt, Bartolus[54]) dissentierte, herrschende Ansicht war sie jedenfalls[55]).

Eine weitere Singularität der traditio ficta gegenüber der traditio vera nehmen wenigstens einige der Postglossatoren hinsichtlich der Wirkungen derselben an. Sie sind der Meinung, dass der durch fingierte Tradition erworbene Besitz naturgemäss ebenfalls ein bloss fingierter sein müsse. Diese Ansicht vertrat vor allem Guilelmus de Cuneo[56]). Doch neigten auch

---

[54]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 1 S. 270, ad l. 28 eod. nr. 6 S. 275, ad l. 12 D. d. aq. pl. arc. 39, 5 S. 136.

[55]) Vgl. Alexander Tartagnus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 9 Bl. 106v: „Est verum quod Bartolus damnat glossam, tamen doctores tenent ibi communiter glossam illam,“ und die Allegate bei Andreas Tiraquellus, Tractatus de jure constituti possessorii (Opera omnia. Tom. quartus 1597). Pars tertia, lim. 6 bis 7 S. 139 flg. Das Urteil Savigny's (Recht des Besitzes § 27 S. 323 Anm. 2), der dieses Werk des Tiraquellus, — der natürlich nicht mehr zu den Postglossatoren gehört —, als ein völlig unbrauchbares bezeichnet, wird durch die Tatsachen widerlegt. Der Traktat des Tiraquellus wurde bis zur Zeit Savigny's unter allen den zahlreichen Monographien über das Konstitut bei weitem am meisten benutzt.

[56]) Vgl. Bartolus ad l. 58 D. d. pact. 2, 14 nr. 15 l. c. S. 309, ad l. 15 D. d. us. et us. 41, 3 l. c. S. 310 nr. 69, 70; Alexander Tartagnus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 4 l. c. Bl. 106 v. Die Ansichten des Guilelmus de Cuneo habe ich

andere der Postglossatoren zu derselben. So kann man die Ausführungen des Jason am Schlusse der Exegese der l. 58 D. d. pact.[57]) nur im Sinne einer Billigung dieser Meinung verstehen, wenn er auch schliesslich sagt: „de isto puncto recurre ad Alexandrum in d. l. quod meo pr.," an welcher Stelle als Wirkung der traditio ficta possessio vera angegeben wird. Auch die Ansicht des Paulus Castrensis ist zweifelhaft; es finden sich Aeusserungen desselben wie: „omnis ficta possessio competens ex constituto" [58]), „constituendo se nomine filii possidere non transtulit possessionem, quia ex inutili contractu ficta possessio non transfertur" [59]), Aeusserungen, die allerdings durchaus den Eindruck des Unbeabsichtigten machen. Dagegen sind Bartolus und Baldus mit keinem Worte von der herrschenden, die Verität des durch traditio ficta entstandenen Besitzes behauptenden Meinung abgewichen. Der im Zitieren überhaupt nicht sehr genaue Jason[60]) behauptet zwar das Gegenteil, doch ist in den von ihm angeführten Belegstellen von einem fingierten Besitze teils überhaupt nicht, teils in dem Sinne des simulierten Besitzes die Rede[61]).

---

nur Referaten Späterer entnommen. Schriften desselben sind mir nicht zu Gesicht gekommen.

[57]) Bl. 184. Vgl. auch Tiraquellus Sec. pars ampl. 1 nr. 5 S. 118, der die Ausführungen des Jason mit Recht als „subobskure" bezeichnet.

[58]) Cons. 10 nr. 1 Bl. 5 v.

[59]) Cons. 452 nr. 3 Bl. 232.

[60]) Ad l. 58 D. d. pact. Bl. 184.

[61]) Siehe auch Tiraquellus an dem in Anm. 57 angegebenen Orte. Zu bemerken ist übrigens, dass die Postglossatoren, ebenso wie schon die Glossatoren, mit „ficta possessio" gelegentlich auch die possessio civilis, den Besitz solo animo, bezeichnen. Vgl. z. B. Baldus, In usus feudorum commentaria praeludia nr. 28 Bl. 3 v: „Immo autem dicitur fictio, quia vera possessio naturalis est"; Guido Papae (quaestio 509 l. c.

Aus dem Fiktionscharakter der uneigentlichen Tradition, insbesondere des constitutum possessorium, zog Guilelmus de Cuneo noch einen anderen Schluss. Er behauptete nämlich, dass der durch traditio ficta Erwerbende hierbei in eigener Person handeln müsse und sich nicht durch einen anderen vertreten lassen dürfe. Denn andernfalls, meinte er, finde ein Zusammentreffen zweier Fiktionen statt, die Fiktion, dass die Handlung des Vertreters als die des Prinzipals anzusehen sei und die Fiktion der erfolgten Tradition, „fictio fictionis autem esse non potest“ [62]). Gegen Guilelmus wendete sich vor allem Bartolus. Auch er ist zwar der Ansicht, dass die vom Gesetze vorgenommene Identifizierung des Thuns des Stellvertreters mit demjenigen des Prinzipals auf einer Fiktion beruhe, „nam impossibile est, quod factum unius sit factum alterius“ [63]), er bestreitet aber, dass der Satz „fictio fictionis esse non potest“ hier Anwendung findet. Dies wäre nach seiner Ansicht vielmehr nur dann der Fall, wenn der durch traditio ficta erworbene Besitz possessio ficta wäre. „Nec enim debemus inspicere traditionem, quae ficta est, sed possessionem, quae est vera. Nam licet traditio inspiciatur, quando per traditionem acquiritur possessio, tamen ubi acquisita est possessio, de traditione non curamus.“ Der Besitz des durch traditio ficta Erwerbenden ist aber nicht bloss fingiert, was insbesondere für das constitutum possessorium die Fassung der l. 18 Pr. D. h. t. („is possidet, cuius nomine possidetur, non dicit possidere videtur“) und der l. 6 § 1 D. d. prec. 43, 26 („precario

---

S. 316): „Et non de possessione ficta seu civili, modo ita est, quod per constitutionem precarii non traditur naturalis, hoc est realis et actualis possessio, sed ficta seu civilis.“

[62]) Vgl. Bartolus an dem in Anm. 56 angegebenen Orte; Baldus ad l. 1 C. q. lic. a. empt. disc. 4, 45 Bl. 118.

[63]) Ad l. 15 D. d. us. e. us. 41, 3 nr. 56 S. 309.

habere proprie dicor") ergibt[64]). Von diesen Ausführungen des Bartolus sagt Baldus[65]): „est ipsa veritas," er zitiert zur Unterstützung derselben noch das c. 24 X. d. praeb. 3, 5, durch welches die Investitur an einen Stellvertreter für zulässig erklärt wird. Auch Franciscus de Accoltis[66]) bestreitet, dass der Satz „fictio fictionis esse non potest" auf den vorliegenden Fall Anwendung finde. „Nam debes considerare, quod ista duplex fictio, quae concurrit isto casu, causatur respectu diversarum personarum." „Nam prima fictio oritur ex persona recipientis," (der ficte durch seinen Vertreter erwirbt,) „secunda fictio ex parte personae tradentis," (der durch constitutum, also ficte tradiert). Die duplex fictio entsteht also „ex diversis respectibus et causis". In diesem Falle ist aber ein Zusammentreffen zweier Fiktionen „circa idem" statthaft. Franciscus allegiert hierbei die l. 15 D. d. R. C. 12, 1[67]). Auch Angelus de Ubaldis[68]) gelangt — und zwar unabhängig von Guilelmus de Cuneo — zu dem Resultate, dass ein Besitzerwerb durch einen freien Stellvertreter vermittelst der traditio ficta unzulässig sei. Er folgert dies aus der l. 53 D. d. A. R. D. 41, 1: „Ea quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter

---

[64]) Ad l. 58 D. d. pact. 2, 14 nr. 15 S. 309, ad l. 15 D. d. us. et us. 41, 3 nr. 58, 70 S. 309, 310.

[65]) Ad l. 1 C. q. lic. a. empt. disc. 4, 45 Bl. 118, ad l. 1 § 9 C. d. cad. toll. 6, 51 Bl. 182.

[66]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 85 sq. Bl. 11v.

[67]) Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

[68]) Ad l. 1 § 20 D. h. t.

adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.“ Auch gegen ihn wird von späteren Postglossatoren die l. 6 § 1 D. cit. ins Feld geführt[69]), und Raphaël Fulgosius[70]) macht geltend, dass wenigstens das constitutum possessorium ein actus naturalis, nicht bloss ein actus civilis sei, ein Ausspruch, der gewiss sehr richtig ist, aber mit den Anschauungen der Postglossatoren über das Wesen der traditio ficta, welche auch von Raphaël Fulgosius geteilt werden, durchaus im Widerspruche steht.

VI. Abgesehen von der, wie wir gesehen haben, nur sehr vereinzelt auftretenden Meinung, dass durch die traditio ficta ein nur fingierter Besitz übertragen werde, abgesehen ferner von den unten zu besprechenden Ausnahmen beim Konstitut, haben die Postglossatoren der traditio ficta die vollen Wirkungen der körperlichen beigelegt. Es gilt die Regel: „quod ficta traditio circa dominium et possessionem idem operetur quod vera“ [71]). Von dieser Regel machen die Postglossatoren eine Reihe von Anwendungen, die wichtigste bei Erörterung der sogenannten l. quotiens (l. 15 C. d. R. V. 3, 32)[72]). Sie fragen, ob derjenige, der eine

---

[69]) Vgl. Franciscus de Accoltis an dem in Anm. 66 angegebenen Orte.

[70]) In D. Justiniani Codicem commentariorum tomus II (Lugd. 1547) ad l. 1 h. t. Bl. 145.

[71]) Franciscus de Accoltis ad l. 18 Pr. D. h. t.

[72]) Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Si igitur antecedenti tempore possessionem emisse ac pretium exsolvisse apud praesidem provinciae probaveris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patietur. Erit sane in arbitrio tuo pretium quod dedisti cum usuris recipere, ita tamen, ut perceptorum fructuum et sumptuum ratio habeatur: cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem convenit.

Sache ficte, insbesondere durch constitutum possessorium tradiert hat, hierdurch an einer weiteren, körperlichen Tradition gehindert ist, und ob deshalb, falls ebendieselbe Sache zweien hintereinander verkauft und dem ersten Käufer ficte, dem zweiten körperlich übergeben worden ist, dieser oder jener dem andern nachstehen muss. Die Glosse hatte sich über diese Frage nicht ausgelassen. Dynus und Albericus de Rosate gaben dem späteren Käufer, der körperlich erworben hat, den Vorzug [73]). Nachher wurde die entgegengesetzte Ansicht die herrschende, ja allein noch vertreten [74]). Als Urheber derselben wird von den Späteren [75]) in der Regel Johannes Andreae [76]) genannt, allerdings mit Unrecht. Johannes Andreae selber nennt als seinen Gewährsmann den noch der Glossatorenzeit angehörenden Guido de Suzaria, seine Ansicht findet sich ausserdem bereits bei Oldradus [77]). — Eine weitere Anwendung der in Rede stehenden Regel machen die Postglossatoren in der Lehre von den Schenkungen an den Ehegatten und an den Haussohn. Sie nehmen an, dass solche Schenkungen durch den vor dem Beschenkten erfolgenden Tod des Schenkers nur dann konvaleszieren,

---

[73]) Albericus de Rosate ad l. 18 Pr. D. h. t. Bl. 84.

[74]) Als Verteidiger der Dynus'schen Ansicht wird von Guido Papae (questio 22 und 112 S. 14 und 76) ein gewisser Jacobus de Gaudabla, „officialis quondam Grationopolitanus“ erwähnt.

[75]) Vgl. Franciscus de Accoltis ad l. 18 Pr. D. h. t. l. c.; Philippus Decius cons. 432 nr. 1 l. c. Bl. 470; Jason, Consiliorum sive responsorum juris vol. III cons. 6 nr. 34 S. 36.

[76]) In den Additiones zu des Durantis Speculum juris lib. 4 pars 3 d. empt. et vend. § sciendum Note a (cum venissent). (Venet. 1576 Tom. II S. 233.)

[77]) Cons. 114 (consilia Lugd. 1549 Bl. 30). Vgl. auch Tiraquellus l. c. pr. pars nr. 21: „Johannes Andreae, qui magistrum non memorat, ut illi solenne est,“ und v. Savigny, Gesch. des röm. Rechts Bd. VI § 40 S. 122 und Note e.

wenn dieselben zu dieser Zeit bereits durch Tradition vollzogen waren, eine Ansicht die heutzutage kaum noch die herrschende ist. Der traditio ficta, speziell dem constitutum possessorium, legen sie hierbei dieselbe Bedeutung bei, wie der körperlichen Tradition[78]. — Auch insofern stellen die Postglossatoren die traditio ficta der traditio vera gleich, als sie annehmen, dass der Vasall und der Emphyteuta, der ohne Zustimmung des Herrn die in seinem Besitze befindliche Sache mittels der traditio ficta veräussere, dadurch sein Recht in gleicher Weise verwirke, als wenn er realiter tradiert hätte. Dies war wenigstens die unter den Postglossatoren herrschende Meinung, doch wurde auch die entgegengesetzte Ansicht verteidigt[79].

Wir haben nunmehr die einzelnen Arten der fingierten Tradition zu betrachten.

§ 3.

Der Besitzerwerb per visum.

Der Besitzerwerb per visum wird auch von den Postglossatoren als der dem körperlichen nächstverwandte betrachtet. Ja, einige Postglossatoren, wohl unter dem Einflusse der Glosse non minus zur l. 18 § 2 D. h. t.[80] stehend, sehen in der sich auf diese Weise vollziehenden Tradition eine traditio vera. Hierher gehören Bartolus, der aber schwankt[81], Johannes ab

[78]) Vgl. besonders Philippus Decius cons. 202 nr. 7 Bl. 226v, cons. 239 Bl. 266v.

[79]) Z. B. von Guido Papae, quaestio 101 S. 69, consilium 126 (consilia Lugd. 1542) Bl. 178 nr. 3.

[80]) Vgl. oben S. 41.

[81]) Vgl. ad l. 15 D. d. R. C. 12, 1 S. 37: „Nam si pecunia vel alia res est in praesentia, vere traditur et per aspectum ejus possessio vere acquiritur,“ und S. 42: „Verum est, quo ad hoc,

Imola[82]) und Ludovicus de Ponte (Romanus)[83]), während Paulus Castrensis[84]) die traditio per aspectum als eine traditio „non omnino ficta" bezeichnet. Zur herrschenden ist diese Ansicht nicht geworden, gerade von den spätesten Postglossatoren wird sie bekämpft. So macht Franciscus de Accoltis[85]) geltend: Der Gesichtssinn sei von der Natur nicht zum Werkzeuge der Besitzergreifung bestimmt. Er diene „ad discernendum colorem et res differentes per qualitatem, quae per medium coloris subjicitur visui. Unde non est sensus conveniens ad acquisitionem possessionis sive consideres eam prout est in fieri sive prout est in facto esse. Nam prout est in fieri, possessio est apprehensio rei, apprehensio autem fit per tactum, non visum. Si autem consideres eam in facto esse, possessio est jus causatum ex apprehensione". Nur das positive Recht habe dem visus die Eigenschaft eines instrumentum zur Besitzergreifung beigelegt. Eine Bestätigung seiner Ansicht findet Franciscus in der Fassung der l. 1 § 21 und der l. 51 D. h. t. („videri," „haberi" etc., „quae verba significant fictionem"). Jason[86]), der den Ausführungen des Franciscus in allen Punkten beitritt, allegiert noch die l. 41 D. d. mort. caus. don. 39, 6, in welcher es heisst: „quod ab alio nomine ipsius

---

ut dicatur facta vera traditio"; und andererseits ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 18 S. 237: „Tunc potest quaeri per aspectum et per alios modos fictos."

[82]) Ad l. 51 D. h. t.: „Tamen satis dicetur vera traditio, si forte colonus vendidit alteri rem in praesentia ipsius rei et asserit se tradere, quia videtur esse vera traditio, etiam si tunc non interveniat corporalis apprehensio, quod est notandum."

[83]) Nach der Angabe des Jason ad l. 1 § 21 D. h. t. Bl. 61.

[84]) Ad l. 51 D. h. t. l. c. Bl. 60.

[85]) Ad l. 18 § 2 D. h. t. Bl. 39. Vgl. auch ad l. 1 Pr. eod. Bl. 3, ad l. 1 § 21 eod. Bl. 12.

[86]) Ad l. 1 § 21 D. h. t. Bl. 61.

eo praesente datur, prope est, ut ab ipso datum intellegatur."

Welche Auffassung die Postglossatoren von der praesentia gehabt haben, ist nicht mit Bestimmtheit zu sagen. Nur wenige haben sich hierüber geäussert. Diese aber stehen im wesentlichen auf dem Standpunkte der Glosse. So erachtet Jacobus Butrigarius[87]) als massgebend die „facilitas apprehendendi", welche ihm die „potentia proxima ad actum" ist, „licet non sit verus actus". Er führt hierbei als analogen Fall die l. 2 C. a. l. Corn. d. sic. 9, 16 an. So wie in dieser derjenige, der erst auf Mord ausgeht, ebenso behandelt werde, wie der bereits Mordende, — was diese Stelle allerdings nicht sagt —, so stehe auch derjenige, der „de proximo ad possessionem" ist, demjenigen gleich, der den Besitz schon ergriffen hat. Auch Cinus[88]) verlangt nicht, dass das Veräusserungsobjekt sich „in conspectu contrahentium" befinde, es genügt ihm, „si de facili potuit esse in conspectu". Franciscus de Accoltis[89]) endlich äussert sich dahin: „Illud dicitur esse praesens seu in praesentia nostra, quod licet non aspiciatur oculis de facili, tamen potest aspici ex diliginti inquisitione. Et aliquando dicitur aliquid esse praesens, quod non est in conspectu, de facili tamen potest esse, sicut reus dicitur esse praesens, qui non est coram judice et in judicio, sed tamen in loco judicii . . . quia ex quo per facilem inquisitionem potest inveniri et esse sub aspectu nostro satis dicitur esse in praesentia."

Als einen Anwendungsfall der traditio propter praesentiam betrachten die Postglossatoren in Ueberein-

---

[87]) Ad l. 1 und 4 C. h. t. Die Ausführungen des Butrigarius sind dunkel, ihre Klarstellung wird durch die unglaublich zahlreichen Schreib- und Druckfehler sehr erschwert.

[88]) Ad l. 2 C. h. t.

[89]) Ad l. 3 Pr. D. h. t. nr. 67 Bl. 19.

stimmung mit den Glossatoren auch die erste Hälfte der l. 1 § 21 D. h. t. Einen hierher gehörigen Rechtsfall behandelt Bartolus in einem seiner Konsilien[90]. Ueber eine Zahlung sind mehrere Zeugen vernommen worden. Der eine hat bekundet, die Zahlung sei in seiner Gegenwart an einen gewissen Franciscus erfolgt, der zweite: die Zahlung sei an die Ehefrau des Franciscus als an dessen Beauftragte geschehen, der dritte: es sei an die Ehefrau des Franciscus in dessen Anwesenheit gezahlt worden. Bartolus hält dafür, dass ein Widerspruch zwischen diesen Aussagen nicht vorhanden sei: „Francisco vere numeratur oculis et aspectu recipiendo licet manu non tangat, sicut si eo volente numeraretur aut poneretur in bancha nomine accipientis, sibi diceretur numeratum, ut dictus § si jusserim."

Eine weitere Anwendung von der traditio propter praesentiam machen die Postglossatoren in der Lehre von der missio in bona ex primo decreto wegen verweigerter cautio damni infecti. Sie stellen hier folgende Sätze auf: Prinzipiell muss der Eingewiesene das schadendrohende Grundstück wirklich betreten; nur dann, falls er hieran gehindert wird, genügt es, wenn ihn der Nuntius an eine Stelle führt, von wo aus er das Grundstück erblicken kann, und ihm dort „verbo" die „possessio vel tenuta" tradiert. Verwehrt ihm der Gegner aber auch die Annäherung an das Grundstück, dann bedarf es auch nicht einmal dieser, um die aus der Besitzergreifung auf Grund der missio ex primo decreto entspringenden Rechte zu erwerben. Diese Sätze sind von den Postglossatoren anscheinend in völliger Uebereinstimmung[91]) aufgestellt worden. Sie sollen wohl zur Interpretation und näheren Bestimmung der l. 15 § 36 D. d. d. inf. 39, 2 dienen,

---

[90]) Consilia, quaestiones et tractatus (Basil. 1588) vol. II cons. 18 S. 156.

[91]) Vgl. Jason ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 96.

sie enthalten indessen eine ganz unberechtigte Einschränkung derselben, indem sie dem Immittierten die actio in factum nur dann geben, wenn er auch nicht einmal in die Nähe des gefahrdrohenden Grundstücks gelangen kann. — Von einer Immission unter Anwendung der Grundsätze des Besitzerwerbes per conspectum ist auch im consilium 337 des Ludovicus Pontanus[92]) die Rede, es handelt sich hier um den Erwerb des Rechtsbesitzes, und es wird gesagt: „Ipsa verbalis receptio in canonicatum atque verbalis immissio in possessionem, si fuit per executorem facta in re praesenti, id est in conspectu ecclesiae, cuius quis intendat esse canonicus, operatur immissionem realem in quasi possessionem ipsius canonicatus et praebendae."

§ 4.

Die custodis appositio.

Der Besitzerwerb durch custodis appositio wird von den Postglossatoren wiederholt unter den Arten der traditio ficta aufgeführt[93]), Paulus Castrensis[94]) bezeichnet auch ihn als eine traditio non omnino ficta. Die Auffassung desselben als eines Erwerbes per visum, wie sie sich in der Glosse findet, wird von den Postglossatoren nur noch zum Teil vertreten. Sie findet sich bei Johannes ab Imola[95]) und Franciscus de Accoltis[96]). Im direkten Gegensatze zu ihnen ver-

[92]) Consilia (Francof. 1577) Bl. 171v nr. 6.

[93]) So von Albericus de Rosate ad l. 3 Pr. D. h. t.; Baldus, Quid sit investitura nr. 11 Bl. 32, ad l. 20 C. d. pact. („unde ille dicitur possidere roccum et fortilitium, ad cuius petitionem custoditur"); Salycetus ad l. 20 C. d. pact. Bl. 73v u. a. m.

[94]) Ad l. 51 D. h. t. Bl. 60.

[95]) Ad l. 51 D. h. t.

[96]) Ad l. 18 § 2 D. h. t., vgl. oben S. 91.

steht Alexander Tartagnus[97]) die l. 51 D. h. t. von dem Falle, dass die ligna und die amphorae sich nicht „in conspectu“ befinden, sondern im Hause eingeschlossen sind, weil andererseits die Aufstellung des Wächters rechtlich überflüssig sein, der „solus aspectus“ zum Besitzerwerbe genügen würde. Albericus de Rosate[98]) betrachtet den custos der l. 51 cit. als einen Stellvertreter im Besitzerwerbe, wogegen Portius[99]) ihn zutreffend dem nuntius der l. 14 § 3 D. d. pec. const. 13, 5 gleichstellt.

Einen Fall praktischer Anwendung des Besitzerwerbes durch custodis appositio begutachtete Bartholomaeus Socinus[100]). Es hat der Verkauf einer Galeere stattgefunden, zum Zwecke der Uebereignung derselben sind eine Reihe von Rechtshandlungen durch die Parteien vorgenommen worden, unter anderm hat der Käufer auch Wächter bei dem Schiffe aufgestellt. Bartholomaeus Socinus spricht sich dahin aus, dass dies schon allein genügt habe, das Eigentum der erkauften Galeere zu erwerben.

Von einem anderen Rechtsfalle berichtet Matthaeus de Afflictis[101]). Hier wird um den Besitz eines Territoriums gestritten. Die eine Partei „probat imposuisse postmodum custodes ad custodiendum dictum

---

[97]) Ad l. 3 § 1 D. h. t. nr. 7 Bl. 71.

[98]) Ad l. 3 Pr. D. h. t.: „Fuit actus corporis alieni, qui nomine meo possidere voluit, unde perinde est, ac si esset actus corporeus.“

[99]) Ad § 44 I. d. R. D. 2, 1 nr. 5 Bl. 50: „Ratio quia licet tu vere et realiter non apprehendas, tamen acquiris ex persona custodis tui, cuius opera uteris in apprehendendo l. 14 § 3 D. d. pec. const.“

[100]) Consilia Mariani et Bartholomaei Socini lib. IV (Lugd. 1525) cons. 55 Bl. 55.

[101]) Decisiones sacri concilii Neapolitani (Lugd. 1548) dec. 167 Bl. 137.

territorium, per quam impositionem custodis probatur possessio".

§ 5.

Die Schlüsselübergabe.

Die Auffassung der Glosse, welche in dem Besitzerwerbe durch Empfangnahme der Schlüssel ein Beispiel des Besitzerwerbes per visum sieht, hat bereits unter den späteren Glossatoren Anfechtung gefunden, unter den Postglossatoren ist sie überwunden. Wiederholt wird von ihnen[102]) betont, dass der visus hier durchaus keine Rolle spielt. Den Grund, weshalb die Uebergabe der Schlüssel des Behältnisses den Besitz- und Eigentumsübergang der in demselben lagernden Waren zur Folge hat, bezeichnet am kürzesten und präzisesten Bartolus[103]) durch die Worte: „quia claves sunt via deviniendi ad possessionem." Doch kommt es auf dasselbe hinaus, wenn Butrigarius[104]) als das entscheidende Moment die „facilis potestas apprehendendi rem" betrachtet, und wenn Albericus de Rosate[105]) sagt: „Et est ratio, quia de facili poterat ille aperire et

[102]) Vgl. Faber ad § 45 I. d. R. D.: „Sed visio nihil operatur, quia licet quis sit coram horreo, non videt merces, quae ibi sunt. Unde visio nihil facit"; Albericus de Rosate ad l. 3 Pr. D. h. t.: „Sed in l. clavibus . . . non videtur posse dici, quod intervenerit actus visus, quia liceat videam horreum vel cellarium, non tamen video merces vel vinum, quae in eis sunt, und ad l. 74 D. d. C. E. 18, 1 Bl. 137 v: „Visus hoc non operatur, sed clavium traditio, quia etsi emptor non viderat merces forte inclusas in horreo, transfertur possessio per clavium traditionem"; Bartolus ad § 45 I. d. R. D. S. 203: „Sed hic quando horrea erant clausa, quomodo viderit, nimis bene viderit, qui viderat merces horreis clausis."

[103]) An dem in der vorigen Anmerkung angegebenen Orte.

[104]) Ad l. 1 C. h. t. pars II Bl. 39 v.

[105]) Ad l. 74 D. d. C. E. 18, 1.

possessionem apprehendere, unde licet non sit in actu, est tamen in facili potentia, quod sufficit.“ Johannes de Imola[106]) stellt sich auf den Standpunkt des Veräusserers: „Per traditionem clavium transfertur possessio, quia per claves restringuntur vel reservantur res clausae et ideo per traditionem illarum satis videtur exprimi voluntas rerum tradendarum, quae erant in loco, cuius claves traduntur.“ Danach müsste man annehmen, dass Johannes die Erklärung des Traditionswillens überhaupt für ausreichend zur Eigentumsübertragung erachtet, d. h. ein Prinzip vertreten hat, welches in der späteren Theorie fast zum herrschenden geworden ist.

Uebereinstimmend halten die Postglossatoren daran fest, dass die Uebergabe der Schlüssel in unmittelbarer Nähe des Behältnisses („apud horrea“) zu erfolgen habe, was sie durch die Erwägung rechtfertigen, dass der Erwerber „determinate“ erfahren müsse, „ubi merces sint“ [107]). Der Veräusserer soll im stande sein, dem neuen Besitzer die Lagerstelle der Waren innerhalb des Behältnisses genau anzugeben, was allerdings in unmittelbarer Nähe desselben weit leichter geschehen kann als aus der Entfernung. Nur Johannes ab Imola[108]) erachtet es unter Berufung auf l. 74 D. d. C. E. für ausreichend, wenn der Erwerber weiss, in welchem Behältnisse sich das Veräusserungsobjekt befindet, wenn er auch keine Kenntnis davon hat, welche „specifica pars“ desselben die Ware birgt. Dass aber die Schlüsselübergabe in unmittelbarer Nähe des Behältnisses erfolgen muss, behauptet auch er.

Die clavium traditio kommt bei den Postglossatoren aber auch als Uebereignungsform für das Behältnis

[106]) Ad c. 3 X. d. his quae f. a. maj. part. cap. 3, 11.

[107]) Vgl. z. B. Alexander Tartagnus ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 78 Bl. 62 v.

[108]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 18 Bl. 55.

selber vor. Dass sie auch diese Bedeutung habe, scheint sogar eine unter den Postglossatoren ziemlich allgemeine Ansicht gewesen zu sein. Die im vorigen Kapitel[109]) zum Ausdruck gebrachte Annahme, dass diese Meinung in der durch deutschrechtliche Analogien beeinflussten Praxis entstanden ist, gewinnt jetzt an Wahrscheinlichkeit; denn zur Postglossatorenzeit hatte allem Anscheine nach die Schlüsselübergabe im Verkehr regelmässig die Bedeutung der Tradition des Gebäudes, nicht die der Tradition der Waren. Schon oben[110]) wurde ein von der curia Romana entschiedener, von Albericus de Rosate mitgeteilter Rechtsfall erwähnt, in welchem zum Zwecke der Uebereignung eines hospitale Schlüssel übergeben worden waren. Die curia Romana hat hier allerdings den Eigentumsübergang verneint, aber keineswegs deshalb, weil durch Uebergabe der Schlüssel das Eigentum eines Gebäudes überhaupt nicht übertragen werden könne, sondern lediglich darum, weil die Uebergabe nur durch den procurator erfolgt war, und weil nicht die Hauptschlüssel, sondern diejenigen „quorundam armariorum" ausgehändigt worden waren. Auch Philippus Decius[111]) berichtet von einem Falle der Uebereignung eines geschenkten Hauses durch Uebergabe der Schlüssel desselben. Guido Papae[112]) begutachtet einen wenigstens sehr analogen Fall, die Uebereignung einer Kirche durch Aushändigung des Thürriegels (vectis seu ferrolium). Von einer in der Praxis vorgekommenen Uebereignung von Waren durch Aushändigung der Schlüssel des Behältnisses ist dagegen, so viel sich sehen lässt, nirgendwo die Rede. Dass die Uebereignung des Behältnisses und nicht die der Waren die im Verkehre regelmässige Bedeutung der clavium traditio war, geht

109) Siehe oben.
110) Siehe oben S. 77.
111) Consilia sive responsa cons. 56 Bl. 65 v.
112) Consilium 71 nr. 7 Bl. 101.

auch aus der Art und Weise hervor, wie die Postglossatoren von ihr handeln. Sie stehen förmlich unter dem Banne der Anschauung, dass durch die Schlüsselübergabe das Eigentum des Hauses übertragen werde. Nirgendwo wird diese Wirkung der Schlüsselübergabe von ihnen als etwas Bemerkenswertes hervorgehoben. Im Anschlusse an die zu erklärende Stelle sprechen sie zuerst von der Uebereignung von Waren, im Laufe ihrer Erörterung verlieren sie dann aber das Veräusserungsobjekt aus den Augen, und plötzlich ist nicht mehr von den merces, sondern von dem horreum und der domus die Rede. Wenn man erwägt, dass das corpus juris civilis und die Glosse von der Schlüsselübergabe als von einer Uebereignungsform für Gebäude nicht das geringste wissen, so wird man zugeben, dass diese Verwirrung des Gedankenganges der Postglossatoren nur durch die tatsächliche Gestaltung des Rechtslebens, also durch die Praxis herbeigeführt sein kann.

Sowohl französische wie italienische Postglossatoren erkennen eine Uebereignung von Gebäuden durch Schlüsselübergabe an. Unter den ersteren erachtet bereits Guilelmus de Cuneo dieselbe für zulässig. Wenigstens deutet hierauf eine Aeusserung des Baldus [113]) hin, welcher berichtet, Guilelmus habe einen Besitzübergang durch Investitur geleugnet und sei der Ansicht gewesen, dass dieser seiner Meinung die l. 74 D. d. C. E. 18,1 nicht entgegenstehe, weil der Schlüssel als „pars rei“ anzusehen sei, eine Begründung, die nur dann einen Sinn hat, wenn Guilelmus angenommen hat, dass nicht bloss die Waren, sondern auch das Gebäude, in welchem sich dieselben befinden, durch Uebergabe der Schlüssel tradiert werden könne. Auch Johannes Faber [114]) sagt von den claves: „reputantur pars rei,

[113]) Ad l. 74 D. d. C. E. 18,1 Bl. 152 v.
[114]) Ad § 45 I. d. R. D.

immo ipsam rem repraesentant ad instar instrumentorum C. d. don. l. 1"; auch in ihm wird man daher einen Vertreter der Ansicht von der Zulässigkeit der Uebereignung der Gebäude durch Uebergabe der Schlüssel sehen müssen. Ausdrücklich erkennt dies Guido Papae[115]) an, der sagt: „Vidimus, quod per traditionem clavis transfertur possessio horreorum etsi horrea aperta non fuerint. Ratio, quia sub clave domus continentur et omnia ibi existentia." Unter den Italienern wird die Uebereignung von Gebäuden durch Schlüsselübergabe von Butrigarius, Albericus de Rosate, Alexander Tartagnus, Philippus Decius und Ludovicus Romanus für zulässig angesehen. Butrigarius[116]) sagt: „Una res fingitur alia, ut cum mihi tradis claves videris tradere caveam." Dass Albericus de Rosate und Philippus Decius derselben Ansicht sind, geht daraus hervor, dass sie die von ihnen mitgeteilten, oben erwähnten Fälle praktischer Anwendung der Schlüsselübergabe als Uebereignungsart für Gebäude billigen. Alexander Tartagnus[117]) bekämpft die Meinung, dass die Schlüssel angesichts des Behältnisses übergeben werden müssen, weil sonst die Uebergabe der Schlüssel rechtlich überflüssig sein, der „solus aspectus" zum Besitzerwerbe genügen würde, und spricht hierbei ausdrücklich von der „translatio possessionis domus". Wenn deshalb Jason[118]) gegen ihn bemerkt, er habe übersehen, „quod licet quando claves fuerunt traditae, ipsae partes essent in conspectu horrei, tamen ipsae merces non erant in conspectu sed clausae in horreo", so trifft dieser Tadel nicht den richtigen Punkt. Alexander denkt gar nicht an die Uebereignung der Waren, sondern an die des Hauses, in welchem sich die Waren

[115]) Cons. 71 nr. 7 Bl. 101.
[116]) Ad l. 1 C. h. t. p. II Bl. 39v.
[117]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 78 Bl. 62v.
[118]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 91 Bl. 49v.

befinden. An einer andern Stelle[119]) sagt Alexander: „Quando traduntur claves horreorum apud horrea, videntur claves recipiens apprehendere possessionem horreorum et eorum, quae sunt in eo." Ludovicus Romanus[120]) sagt einmal: „In simili dicimus; quod traditio clavium rei venditae facta in praesentia rei operatur traditionem in possessionem illius." Da er von den Schlüsseln des Kaufobjekts spricht, so kann er unter demselben unmöglich die Ware, sondern nur das Behältnis verstehen. — Ein Widerspruch gegen die in Rede stehende Verwertung der clavium traditio, wie bei Placentinus, findet sich bei keinem der Postglossatoren.

Von Bedeutung für die Entwicklungsgeschichte der Tradition ist diese Verwendung der Schlüsselübergabe vorzugsweise dadurch geworden, dass in ihr einer der Keime der späteren Theorie von der symbolischen Tradition liegt. Denn sicherlich liegt für einen von germanischen Rechtsanschauungen erfüllten Geist die Auffassung der Schlüssel als eines Symbols des Gebäudes schon an und für sich nahe, hierzu kommt nun aber ausserdem, dass Johannes Faber, der auf die spätere Jurisprudenz, insbesondere auf die spätere Praxis in sehr erheblichem Masse eingewirkt hat[121]), dieser Auffassung mindestens nicht fern steht, indem er die Schlüssel als Repräsentanten des Gebäudes bezeichnet.

Einen der Tradition von Gebäuden durch Uebergabe der Schlüssel analogen und auf denselben Prinzipien wie diese beruhenden Besitzerwerbsfall erkennt Bartholomaeus Socinus[122]) an, nämlich die Uebereignung eines Schiffes durch Ueberreichung der „vela

---

[119]) Ad l. 3 § 1 D. h. t. nr. 8 Bl. 71.

[120]) Cons. 337 nr. 6 Bl. 171 v.

[121]) Vgl. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. VI S. 44.

[122]) Cons. 55 l. c.

et alia gubernacula". „Vela et alia gubernacula," heisst es, „sine quibus navis dicitur inutilis, dicuntur pars, ergo per traditionem talium rerum tamquam partis navis dicitur tradita possessio navis." Die Hervorhebung, dass der übergebene Gegenstand ein Teil des Veräusserungsobjekts sei, welche sich hier und bei der Uebereignung der Gebäude durch Schlüsselübergabe findet, deutet auf eine Einwirkung der l. 3 § 1 D. h. t. hin; zitiert wird diese Stelle indessen nicht.

§ 6.

Die Uebergabe des Instruments.

Die Postglossatoren sind einstimmig der Ansicht, dass unter den in der l. 1 C. d. don. erwähnten „instrumenta" die Erwerbsurkunden des Veräusserers, nicht die Veräusserungsurkunden selber zu verstehen sind. Auch sie beschränken die Zulässigkeit der instrumentalis traditio keineswegs auf Sklaven, als Veräusserungsobjekte kommen bei ihnen auch Grundstücke, Handelswaren, Schiffe und Rechte vor. Das von der Glosse gestellte Verlangen der praesentia des Veräusserungsobjekts wird von der communis opinio der Postglossatoren nicht wiederholt. Doch macht Baldus eine Ausnahme, indem er zur l. 1 C. d. don.[123]) bemerkt: „Intelligit glossa, quod intelligantur mancipia tradita, si erant praesentia ibi, et hoc tene, vel dicit glossa speciale in donatione, prima verior." Aber auch Baldus erachtet diese praesentia nicht als das für die Uebereignung entscheidende Moment. Auch von Andericus de Isernia wird berichtet[124]), dass er die praesentia

---

[123]) Bl. 179.

[124]) Von Alexander Tartagnus ad l. 3 § 1 D. h. t. nr. 13 Bl. 71 v.

des Veräusserungsgegenstandes für erforderlich gehalten habe.

Als Analogien der l. 1 C. d. don. werden von den Postglossatoren die l. 2 C. q. r. pign. obl. poss. 8, 17 [125]) und die Cession [126]), sowie das Vermächtnis [127]) von Schuldforderungen durch Aushändigung resp. letztwillige Zuwendung der Schuldurkunden aufgeführt. Hieraus darf man aber nicht schliessen, dass sie auch die l. 1 C. d. don. lediglich von der Uebertragung eines Forderungsrechts auf die Sklaven verstanden haben. Die Aeusserung des Jason [128]): „Bartolus, Angelus et Salycetus respondent, quod tradito instrumento non videtur tradita res sed jus" entbehrt jeder Begründung. Zweifel könnte höchstens die Erklärung des Baldus [129]) erregen: „Nos habemus: per traditionem instrumenti fit investitura, i. e. cessio jurium incorporalium, ut C. d. don. l. 1, et sic qui possidet instrumenta, videtur ipsum jus incorporale possidere." Doch darf man annehmen, dass Baldus hier an besitzbare Rechte denkt, da er zur l. 1 C. d. don. ausdrücklich sagt: „Qui tradit instrumentum, videtur tradere possessionem rei."

In der Erklärung der instrumentalis traditio herrscht unter den Postglossatoren keine Uebereinstimmung. Doch lassen sich die Erklärungsversuche in zwei Gruppen teilen. Die eine legt das Gewicht auf die Bedeutung des Besitzes des Instruments für die Verfügung über die Sache. Sie vergleicht deshalb die Uebereignung durch Uebergabe der Erwerbsurkunden mit derjenigen von Waren durch Uebergabe der Behältnisschlüssel und fasst die

---

[125]) So von Innocentius IV, Apparatus super quinque libros Decretalium (Venet. 1491) ad c. 2 d. cons. 1, 4; Angelus de Ubaldis ad l. 1 C. d. don. etc.

[126]) So von Angelus l. c.

[127]) So von Cynus ad l. 1 C. d. don. S. 360; Angelus l. c.

[128]) Ad l. 58 D. d. pact. nr. 13 Bl. 185.

[129]) Ad c. 2 X. d. cons. 1, 4.

Quintessenz beider Uebereignungsarten in dem Satze zusammen: „Donans et tradens continens intelligitur donare et tradere contentum“ [130]). Dieselbe Auffassung liegt zu Grunde, wenn Bartholomaeus Socinus [131]) im Anschlusse an die Glosse transfert proprietatem zum § 45 I. d. R. D. [132]) sagt: „Ergo ratione per traditionem sellae et freni, quibus ducitur et gubernatur equus, transfertur dominium equi, pari ratione per traditionem illorum instrumentorum, quibus ducitur et gubernatur navis, dici debet tradita possessio navis.“

Die zweite Gruppe verwertet auch hier das scholastische Moment der Repräsentation und bereitet damit auch an dieser Stelle die Theorie von der symbolischen Tradition vor. So Baldus [133]): „Illa traditio et donatio instrumentorum repraesentat donationem et traditionem rei in instrumento contentae.“ „Quando aliquid repraesentatur in aliquo tradito repraesentante, intelligitur traditum repraesentatum, hoc dicit haec lex.“ Bartholomaeus Socinus [131]) sagt: „Navis ... per illa (instrumenta) quemadmodum repraesentatur.“ Jason [134]) findet die Erklärung für die Wirkung der traditio instrumentorum in der „virtus repraesentativa instrumenti, quia significat substantiam debiti in eo contenti“. Von einer etwas abweichenden Auffassung lässt sich Portius [135]) leiten, wenn er äussert: „Illa traditio instrumentorum fungitur vice traditionis rei venditae.“

---

[130]) Angelus de Ubaldis l. c.; ebenso Albericus de Rosate ad l. 1 § 21, l. 3 § 1 D. h. t.; Bartolus ad l. 1 C. d. don. S. 333.

[131]) Cons. 55 vol. IV Bl. 55.

[132]) Siehe oben.

[133]) Ad l. 1 C. d. don.

[134]) Cons. 111 nr. 2 vol. IV l. c.

[135]) Ad § 44 I. d. R. D. nr. 5 Bl. 50.

§ 7.

Das constitutum possessorium.

I. Das constitutum possessorium wird von den Postglossatoren unter allen Arten der traditio ficta am eingehendsten behandelt. In ihren exegetischen Schriften haben sie es zum Gegenstande zahlreicher, detaillierter Erörterungen gemacht, vor allem gab ihnen aber ihre praktische Tätigkeit, insbesondere die Erteilung von Gutachten, Gelegenheit zu mannigfachen Besprechungen dieses Rechtsinstituts, da dasselbe, wie bereits im vorigen Kapitel erwähnt, im Verkehr überaus häufig und oft ohne jedes Verständnis angewendet wurde. Schon Albericus de Rosate[136]) versichert, es werde „continue" den Veräusserungsinstrumenten eingefügt, nach Nicolaus de Tudeschis[137]) findet es sich in denselben „quotidie". Gleiche Angaben werden von Bartolus[138]), Paulus Castrensis[139]), Marianus[140]) und Bartholomaeus Socinus[141]), Jason[142]) und anderen gemacht. Besonders häufig wurde das constitutum possessorium dazu verwandt, einem Gläubiger eine Sicherung wegen einer Forderung, z. B. auf den Kaufpreis[143]), zu gewähren. Der Schuldner erklärte, gewisse Gegenstände, meistenteils aber sein gesamtes Vermögen, von

---

[136]) Ad l. 77 D. d. R. V. Bl. 330v.

[137]) Lectura super V libros Decretalium (s. l. e. a.) ad c. 2 d. cons. 1, 4.

[138]) Ad l. 2 C. h. t. S. 165.

[139]) Cons. 10 Bl. 5v.

[140]) Cons. 239 vol. II Bl. 84.

[141]) Cons. 55, 131 vol. IV Bl. 55, 123.

[142]) Ad l. 58 D. d. pact. Bl. 184 nr. 12, ad l. 15 C. d. R. V. 3, 32 Bl. 152.

[143]) Vgl. Alexander Tartagnus cons. 27 vol. 1 S. 69.

nun an für den Gläubiger besitzen zu wollen. Teils ging hier die Absicht der Kontrahenten dahin, dass der Gläubiger durch das constitutum possessorium Eigentümer werde, er erlangte dann die Besitz- und Eigentumsklagen nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen seine Schuldner, von einer exceptio excussionis ihm gegenüber konnte keine Rede sein. Teils war der Gläubiger mit der Uebertragung des blossen Pfandbesitzes zufrieden. Veräusserte in diesem Falle der Schuldner das Pfand an einen Dritten, so stand letzterem die exceptio excussionis nur dann zu, wenn der Gläubiger mit der actio hypothecaria klagte, nicht, wenn er, was für zulässig erachtet wurde, auf Grund der l. ult. C. h. t. vorging[144]. Einen Rechtsfall der ersteren Art begutachtete Alexander Tartagnus[145], Fälle der letzteren Art dieser[146], Ludovicus Romanus[147], Paulus Castrensis[148] und Matthaeus de Afflictis[149].

In der Lehre vom constitutum possessorium treten

---

[144]) So Baldus ad l. ult. C. h. t. Bl. 23v; Angelus de Ubaldis ad eand. leg.; Jason, De actionibus titulus Institutionum illustratus (Venet. 1595) ad § 6 nr. 77 S. 85 und die daselbst Aufgeführten. Auch für den zweiten Fall fordert vorgängige Exkussion Andreas Barbatia (consiliorum pars I Med. 1489) cons. 28 col. 1.

[145]) Vgl. Alexander Tartagnus cons. 85 vol. VI nr. 1 S. 85, vgl. auch denselben ad l. 3 § 2 D. h. t. nr. 7 Bl. 72v und Jason zu derselben Stelle Bl. 64.

[146]) Cons. 153 vol. VI nr. 2: „Blasinus hypothecavit Isoldae uxori suae pro restitutione dotis certa praedia sua, quae constituit se possidere precario nomine dictae Isoldae etc."

[147]) Cons. 189 nr. 9 Bl. 96: „cum dicta Margareta recognoscens se ad alimenta teneri obligans ex hoc omnia bona sua constituerit se precario eadem creditoris nomine possidere."

[148]) Cons. 10 nr. 4 Bl. 6.

[149]) Decisio 139, 335. Bl. 114v, 286v.

die Vorzüge sowohl wie die Schwächen der Postglossatorenschule in besonders hohem Masse zu Tage. In Fragen, die von unmittelbarer Bedeutung für die Praxis waren, haben sie im allgemeinen, teilweise mit vorzüglichem Takte, das Richtige getroffen, wiederholt haben sie hier ihre Entscheidungen lediglich der Rücksicht auf die praktischen Konsequenzen, welche sich aus ihnen ergaben, entnommen. In der Beantwortung theoretischer Fragen sind sie dagegen weit weniger glücklich gewesen, sie sind hier in ihren Ansichten auseinander gegangen und, wenigstens hin und wieder, auf recht bedenkliche Abwege geraten.

II. Das constitutum possessorium erscheint in den Schriften der Postglossatoren in zweifacher Form: ohne hervortretende causa detentionis und mit hervortretender causa detentionis. Die erstere Art, das constitutum simplex, ist die von den Postglossatoren bei weitem häufiger behandelte. Es erfordert zu seiner Rechtswirksamkeit nach der unter den Postglossatoren herrschenden Meinung eine ausdrückliche Erklärung des Veräusserers, entweder in der Form: „constituo me tuo nomine possidere", oder in der Form: „confiteor me tuo nomine possidere"; beide Formen haben dieselbe Bedeutung [150]).

Mehrere Schriftsteller gehen indessen weiter. Durch den Umstand, dass das constitutum possessorium fast regelmässig in den Veräusserungsurkunden vorkommt, werden sie zu der Annahme geführt, dass dasselbe in denjenigen Fällen, in welchen es fehle, nur versehentlich fortgelassen worden sei, während dem Willen der Parteien die Einfügung entsprochen haben würde. Sie

---

[150]) Vgl. z. B. Baldus ad l. 58 D. d. pact. Additio, l. 2 C. h. t. nr. 5 Bl. 20v, l. 4 C. eod. nr. 2 Bl. 21; Angelus de Ubaldis ad l. 2 C. h. t.; Jason ad l. 58 D. d. pact. Bl. 184: „Tantum est dicere: confiteor me possidere nomine emptoris, quantum est dicere: me constituo possidere."

folgern hieraus, dass auch diejenigen Veräusserungsurkunden, in welchen des Konstituts keine Erwähnung gethan wird, dasselbe dennoch — wenn auch nur stillschweigend — enthalten, sie interpretieren also das constitutum possessorium in die Veräusserungsurkunden hinein und nehmen infolgedessen an, dass durch jegliche Veräusserungsurkunde Besitz und Eigentum nach Massgabe der für das Konstitut geltenden Grundsätze übertragen wird. So bemerkt Antonius de Butrio[151]): „Si non apparet verbum tradidit vel aliud verbum vel actus significans translationem possessionis, tunc principaliter, si habetur titulus a tertio non possidente non transfertur possessio. Si a possidente . . . solo titulo et suppositione personae transfertur possessio in consequentiam rerum. Nam tunc is, qui possidet, videtur se constituere possidere nomine illius, a quo possidetur.“ Raphaël Fulgosius[152]) führt in der Absicht, die Glosse tradita sit zur l. 2 C. h. t. zu retten, aus, dass auch die Erklärung des Veräusserers: tradita est possessio die confessio desselben, für den Erwerber zu besitzen, also ein constitutum possessorium in sich schliesse. Bartholomaeus Socinus[153]) sagt: „Non improbabiliter dici potest, quod cum in instrumentis emptionis et venditionis sit communis consuetudo totius Italiae apponere clausulam constituti, licet notarius non apposuerit, praesumitur ex errore obmissa, nec talis error nocet partibus, sed habetur pro apposita.“ Andere subintelligieren das constitutum possessorium wenigstens dann, wenn in der Veräusserungsurkunde am Schlusse der aufgenommenen Klauseln „etc.“ gesagt ist, sie nehmen an, dass unter diesem „etc.“ alle übrigen, den Veräusserungsurkunden in der Regel eingefügten, in

---

151) Ad c. 2 X. d. cons.

152) Ad l. 2 C. h. t. Bl. 145 v.

153) Cons. 55 vol. IV.

dem vorliegenden Instrumente nicht ausdrücklich erwähnten Klauseln, und so auch die „clausula constituti" zu verstehen seien[154]. So heisst es bei Oldradus[155]: „Sub verbo etc., quae saepe usus est notarius, continetur quod est de natura illius contractus, et quod etiam de consuetudine consuevit apponi. Nemo autem talem constitutionem dubitat esse de natura contractus per quem quis intendit transferre dominium, et consultum esse etiam tali apponi in eo quod per ipsam mens contrahentium facilius et efficacius assequitur finalem intentum." Dieselbe Ansicht vertritt Johannes Andreae[156]: „Per praedicta terminatum fuit, in contractum venditionis, donationis vel alium, quo transfertur dominium, posse addi precarium, scil. quod vendens vel donans se constituit precario possidere pro emente vel donatario, quia id fateri consuevit et efficacius venitur ad mentem contrahentium et idem notarius posuit etc., ut illud ibi includatur, quod est de natura vel more contractus." Paulus Castrensis[157] sagt: „Et breviter puto, quod sub illa clausula quorum etc. contineatur constitutum simplex, per quod tam civilis quam naturalis possessio censetur translata." Zu der unter den Postglossatoren herrschenden Meinung ist, wie gesagt, diese von einer ausdrücklichen Erklärung des Konstituts absehende Ansicht nicht geworden. Bekämpft wird sie von Alexander Tartagnus[158] und Philippus Decius[159].

III. Von den Arten des Konstituts mit hervortretender causa detentionis wird von den Postglossatoren bei weitem am häufigsten die Veräusserung unter Vor-

---

[154]) Vgl. Tiraquellus p. III lim. 31 S. 169.

[155]) Cons. 139 nr. 12 Bl. 38 v.

[156]) Additiones zu des Durantis Speculum juris lib. 2 part. 2 de instr. ed. vol. I S. 671 § 9.

[157]) Cons. 10 nr. 3 Bl. 5 v.

[158]) Cons. 28 lib. II S. 52, 53.

[159]) Cons. 247, ad l. 23 d. R. I. nr. 17 S. 119.

behalt des Prekariums behandelt. Johannes Andreae[160]) und Paulus Castrensis[161]) wollen auch diese Art des Konstituts in den Veräusserungsurkunden subintelligen, der letztere allerdings nur dann, „si notarius ille consuevisset in suis instrumentis eam apponere". Die Veräusserung unter Vorbehalt der Miete wird von den Postglossatoren nur hin und wieder erwähnt. Hauptsächlichste Belegstelle war ihnen die l. 77 D. d. R. V. 6, 1[162]). Doch wird dieselbe von einigen, insbesondere von Baldus[163]), nicht als Beispiel des constitutum possessorium, sondern als Beispiel des umgekehrten Falles, der traditio brevi manu, betrachtet, indem angenommen wird, nicht die Schenkerin, sondern der Beschenkte sei auf dem Grundstück anwesend gewesen. Sehr verbreitet war auch zur Postglossatorenzeit die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs[164]), insbesondere zum Zwecke der Uebertragung des ganzen Vermögens. Von einer bloss fingierten ususfructus retentio zeigt sich keine Spur, das Bedürfnis, welches sie vor Jahrhunderten hervorgerufen hatte, wurde jetzt durch das constitutum simplex befriedigt. Auch die Veräusserung unter Vorbehalt des Faustpfandrechts[165]), der Emphyteuse[166]) und des Lehn-

[160]) Siehe oben.

[161]) Cons. 10 nr. 3 Bl. 5 v.

[162]) Vgl. besonders Albericus de Rosate ad l. 77 D. d. R. V. Bl. 330 v.

[163]) Ad l. 77 D. d. R. V. Bl. 324 v, ad l. 9 § 1 D. d. Publ. i. r. act. 6, 2 Bl. 326 v, ad l. 9 § 9 D. d. R. C. Bl. 13 v, usus feudorum commentaria. Praeludia nr. 28 Bl. 3 v, doch schwankend, vgl. l. 2 C. h. t. nr. 5 Bl. 20 v.

[164]) Vgl. Bartolus ad l. 28 C. d. don. S. 334: „Nota, quod quotidie occurrit et est notabilis causa," und Angelus de Ubaldis ad eand. leg.

[165]) Nicolaus de Spinellis ad § 44 I. d. R. D.; Jason ad l. 20 C. d. pact. nr. 7 Bl. 69 v, ad l. 12 Pr. D. h. t. Bl. 85 v.

[166]) So bei Alexander de Naevo cons. 78 nr. 1 sq. Bl. 88.

besitzes[167]) wird gelegentlich von den Postglossatoren erwähnt.

Wenn auch die Auffassung, dass die genannten Veräusserungsgeschäfte Anwendungsfälle des in der l. 18 Pr. D. h. t. enthaltenen Prinzips seien, unzweifelhaft die der grossen Mehrheit der Postglossatoren war, so erklärten doch einige diese Fälle anders, nämlich so, wie einst Azo die ususfructus retentio erklärt hatte[168]). Diese Auffassung findet sich bei Cinus[169]) und in einem consilium des Jason[170]), an welchen Stellen allerdings ausdrücklich nur von der ususfructus retentio die Rede ist. Sie findet sich ferner bei Faber[171]), der infolgedessen die l. quisquis (28 C. d. don.) und l. quaedam (77 D. d. R. V.) als „verae fallentiae" des Satzes „quod quaeritur possessio animo et corpore" bezeichnet, und nach dem Berichte des Tiraquellus auch bei Angelus de Ubaldis.

In der Glosse und, wovon wir uns überzeugt haben, auch schon bei Azo[172]), wird als ein Anwendungsfall des constitutum possessorium auch die sich mit der Ein-

---

[167]) So bei Baldus ad l. 1 C. qu. lic. ab empt. disc. 4, 45 nr. 12 Bl. 118.

[168]) Siehe oben.

[169]) Ad l. 28 C. d. don. Bl. 360v, gegen ihn ausdrücklich Baldus ad l. 28, 35 § 5 C. d. don. Bl. 181.

[170]) Cons. 6 nr. 35 vol. III S. 36.

[171]) Ad § 44 I. d. R. D. 2, 1 l. c.: „Ibi enim nullus est actus corporalis et transfertur dominium sine actu corporali. Et idem credo, ubicunque celebratur contractus, ex quo dominium transfertur, sibi tamen retinendo tale jus, quod non est compatibile cum pleno dominio, ut si det in emphyteusim vel retineat pignus, ut l. 1 § 4 D. d. r. eor. 27, 9." Vgl. auch dens. ad l. 28 C. d. don. und ad l. 20 C. d. pact. l. c.

[172]) Der Irrtum bezüglich der Ansicht Azo's, von dem oben die Rede war, pflanzt sich auch unter den Postglossatoren fort. Siehe z. B. Albericus de Rosate ad l. 1 § 1 l. 2 D. pr. soc. 17, 2 Bl. 125v und Baldus ad l. 17 § 2 eod. Bl. 138v.

gehung der societas omnium bonorum vollziehende V
einigung der Vermögen der Gesellschafter betrach
Diese Auffassung findet auch unter den Postglossato
Vertreter, so in Albericus de Rosate[173]), der
ebenfalls der Glosse folgend Ricardus, Jacobus
Arena und Raynerius de Forlivio nennt, so fer
in Bartolus[174]), Baldus[175]) und Salycetus[1
Ob diese Auffassung die unter den Postglossatoren he
schende war, lässt sich nicht mit Bestimmtheit sag
Neben derselben kommt unter ihnen noch die fälsc
lich auf Azo zurückgeführte einer Eigentumsüb
tragung durch blossen Vertrag[176]) und diejenige ei
Eigentums- und Besitzübertragung durch blossen V
trag[177]) vor.

IV. Für das constitutum possessorium betonen
Postglossatoren besonders nachdrücklich die Notwendi
keit des Besitzes des Veräusserers. Sie verlang
dass derjenige, der auf Grund eines durch Konstitut
worbenen Eigentums oder Besitzes gegen Dritte kla
zur Substanziierung seiner Klage behaupte und bewei
dass auch sein Rechtsvorgänger Besitzer gewesen sei[1

---

[173]) An dem in Anm. 172 angegebenen Orte.

[174]) Vgl. ad l. 1 § 1 l. 2 D. pr. soc. 17,2, anders ad l.
C. d. pact. S. 155. Vgl. auch Raphaël Fulgosius ad l.
C. d. pact. Bl. 61 v.

[175]) Ad l. 1 § 1 l. 2 D. pr. soc. 17,2 l. c. Zweifelhaft
die Stellung des Johannes Faber. Er bezeichnet zwar
Eingehung der societas omnium bonorum als einen der Fälle,
quibus transfertur dominium sine actu corporali", sagt a
dann: „Ex eo enim quod contrahitur societas omnium bonor
fingitur traditio, cum alter pro solido possidere non possit." (
§ 44 I. d. R. V. l. c.) Vgl. auch dens. ad l. 20 C. d. pact.

[176]) So Angelus de Ubaldis ad l. 20 C. d. pact.

[177]) So Alexander Tartagnus ad l. 3 § 1 D. h. t. nr.
Bl. 71 v.

[178]) Vgl. z. B. Butrigarius ad l. 2 C. h. t. P. II Bl. 3
Angelus de Ubaldis ad l. 32 § 1 D. h. t.; Alexand
Tartagnus cons. 161 lib. VI S. 190; Philippus Deci

Es genügt auch nicht „possessio superveniens“, der Veräusserer muss vielmehr zur Zeit seiner Erklärung Besitzer gewesen sein[179]). Steht das Konstitut unter einer Suspensivbedingung, was für zulässig erachtet wird, so muss der Konstituent auch noch zur Zeit des Eintritts der Bedingung im Besitze sein; wenn er also in der Zwischenzeit einem andern körperlich tradiert hat, so geht dieser demjenigen, zu dessen Gunsten das constitutum erklärt worden ist, vor[180]). Ebenso erwirbt der letztere auch dann den Besitz nicht, wenn die gesetzte Suspensivbedingung erst nach dem Tode des Veräusserers eintritt. Daher ist es unzulässig, das constitutum possessorium in der Weise zu erklären, dass dasselbe erst nach dem Tode des Veräusserers wirksam werden soll, zu sagen: „constituo me possidere post mortem meam“ [181]). Derartige Erklärungen scheinen indessen in der Praxis nicht selten gewesen zu sein, eine ganze Reihe von Konsilien beschäftigt sich mit ihnen[182]). Gültig ist dagegen ein suspensiv bedingtes Konstitut, dessen Bedingung so gefasst ist, dass über den Eintritt oder den Ausfall derselben bereits der

---

cons. 247 Bl. 274v und cons. 400 nr. 9 Bl. 438; Corneus, Consiliorum volumen II (Lugd. 1544) cons. 53 nr. 5 Bl. 46v; Ruinus tom. IV cons. 46 nr. 5 Bl. 57v, tom. I cons. 143 nr. 5 Bl. 196v; Marianus Socinus bei Lorenz Kirchovius, Responsorum sive consiliorum tom. III (Franc. 1571) cons. 11 nr. 35 S. 177.

[179]) Franciscus de Accoltis ad l. 21 D. h. t. Bl. 40.

[180]) Vgl. insbesondere die Ausführungen bei Philippus Decius cons. 247 nr. 1—2 Bl. 274v.

[181]) Vgl. Angelus de Ubaldis ad l. 32 § 1 D. h. t.; Philippus Decius ad l. 23 D. d. R. I. nr. 17 S. 119; Jason ad l. 15 C. d. R. V. 3, 32 nr. 17 Bl. 152, ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 106 Bl. 50; Matthaeus de Afflictis decis. 335 nr. 6 Bl. 287.

[182]) Siehe z. B. Guido Papae quaestio 512 S. 318; Alexander Tartagnus cons. 82 nr. 7 lib. II S. 137; Jason cons. 147 nr. 38 vol. II S. 471, cons. 6 nr. 41 vol. III S. 36, cons. 85 nr. 12 vol. III S. 317.

letzte Augenblick des Lebens des Veräusserers entscheidet[183]), und ebenso ein Konstitut, durch welches nicht der Erwerb des Besitzes, sondern nur der der Detention bis nach dem Tode des Veräusserers verschoben wird[184]). Wird das constitutum nicht dem Erwerber selber, sondern einem negotiorum gestor desselben erklärt, so erwirbt der erstere den Besitz nicht, wenn seine Ratihabition erst zu einer Zeit erfolgt, in welcher der Veräusserer nicht mehr Besitzer ist[185]).

Nur in Einem Falle wird ein constitutum durch den Detentor mit der Wirkung der Besitzübertragung anerkannt: wenn die possessio vacans ist. Diese Ausnahme stützt sich auf die Glosse colonum zur l. 30 § 5 D. h. t., wo es heisst: „Idem forte, si colonus mercedem heredi solverit,“ ohne dass die Glosse indessen hier an ein constitutum possessorium zu denken scheint. Vertreten wird diese Ausnahme vorzugsweise von Bartolus[186]), von andern Postglossatoren[187]) wird sie verworfen.

Detentor braucht der Konstituent nicht zu sein. Wenigstens verneinte dies die überwiegende Mehrheit der Postglossatoren. Bedeutend sind die Ausführungen

---

[183]) Oldradus cons. 139 nr. 7 Bl. 38; Guido Papae quaestio 268 S. 176; Alexander Tartagnus cons. 83 nr. 3 lib. II S. 139; Philippus Decius an den in Anm. 180 und 181 angegebenen Orten.

[184]) Oldradus cons. 114 nr. 3 Bl. 30.

[185]) Vgl. besonders Philippus Decius cons. 226 Bl. 251, ad l. 23 D. d. R. I nr. 20 sq., S. 120 flg.

[186]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 9, l. 30 § 5 eod. Ebenso Paulus Castrensis ad l. 19, 30 § 5 D. h. t. Bl. 54v, 56v; Angelus de Ubaldis ad l. 32 § 1 D. h. t.; Nicolaus de Tudeschis ad c. 9 X. d. rest. spol. 2, 13 nr. 11.

[187]) Vgl. Albericus de Rosate ad l. 30 § 5 D. h. t. Bl. 86; Johannes de Imola ad l. 30 § 5 D. h. t. Bl. 64; Franciscus de Accoltis eod. Bl. 47; Alexander Tartagnus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 25 Bl. 107v.

des Bartolus. Für ihn[188]) ist in erster Reihe entscheidend, dass die die Detention des Veräusserers fordernde Ansicht praktisch unzweckmässig ist: „si esset verum, ista lex haberet modicum de effectu, quia communiter quilibet possidet per alium, scilicet per colonum" [189]). Er begründet seine Ansicht aber auch aus dem Gesetze. Er beruft sich auf die l. 77 D. d. R. V. 6, 1 [190]), in welcher die Schenkerin als von dem geschenkten Grundstück entfernt gedacht sei, sowie auf die l. 30 § 6 D. h. t.[191]), eine Stelle, welche bekanntlich auch jetzt von der die Entbehrlichkeit der eigenen Detention des Veräusserers vertretenden Ansicht als ihre Hauptstütze betrachtet wird, und zu welcher er bemerkt: „ubi si constituo me tuo nomine possidere, constituo me tuum colonum, et sic colonus meus, qui est tertius, pro te possidet, unde per eum et me possidebis, licet ignoret ille colonus." Dem in der l. 18 Pr. D. h. t. gestellten Erfordernisse eines „ministerium" des bisherigen Besitzers ist nach der Meinung des Bartolus durch die ursprüngliche Besitzergreifung des Veräusserers genügt („dicas quod ille actus qui intervenit ab initio in acquirenda possessione, mihi actus ille est sufficiens")[192]).

[188]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. S. 270.

[189]) Aehnlich Raphaël Fulgosius ad l. 35 § 5 C. d. don. nr. 3 Bl. 228: „Difficile esset in conspectu esse omnium rerum, quas constituo me tuo nomine possidere."

[190]) Siehe oben.

[191]) Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possideo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit.

[192]) Aehnlich Antonius de Butrio ad c. 2 X. d. cons. l. c.: „Quia primus actus ingressus, quo antea acquisivi possessionem, conjungitur huic actui et subrogatur loco corporalis actus, qui requiritur ad transferendam possessionem." „Quia primus actus corporeus sufficit pro actu in transferenda possessione, ut ille fingitur actus domini."

Bartolus vergleicht ferner den Besitzerwerb durch constitutum possessorium mit demjenigen durch einen negotiorum gestor, bei welchem ebenfalls zu der körperlichen Besitznehmung der einen Person der Besitzwille der andern nachträglich hinzutritt. Die l. 1 § 45 D. d. v. e. v. arm. 43, 16[193]) erachtet Bartolus als seiner Meinung nicht widersprechend: denn nur dann werde dem bisherigen Besitzer der Besitz durch den colonus erhalten, wenn er „coacta voluntate" aus demselben getrieben werde, nicht wenn er denselben „spontanea voluntate" tradiere. Als Gegner seiner Ansicht nennt Bartolus den Jacobus de Arena, auch Jacobus Butrigarius[194]) und Franciscus Aretinus[195]), „non ille qui avorum nostrorum memoria floruit, sed alter multo vetustior" [196]), werden als Anhänger der die Detention des Veräusserers verlangenden Ansicht aufgeführt. Von Späteren zog Ludovicus Romanus[197]) die Richtigkeit der Meinung des Bartolus in Zweifel, indem er sich vor allem auf die l. 20 D. h. t. und die l. 18 Pr. D. d. v. et v. arm. 43, 16 berief. Doch widerlegte ihn schon sein Schüler Franciscus de Accoltis[198]), nach welchem die angeführten beiden Stellen

---

[193]) Non alii autem, quam ei qui possidet, interdictum unde vi competere argumentum praebet, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri, quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.

[194]) Vgl. Raphaël Fulgosius an dem in Anm. 189 angegebenen Orte.

[195]) Vgl. Antonius de Butrio ad c. 2 X. d. cons.

[196]) Tiraquellus pars II ampl. 4 S. 119.

[197]) Vgl. die Notiz bei Alexander Tartagnus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 15 Bl. 107.

[198]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. Bl. 38. Franciscus de Accoltis spricht hier von der Ansicht des Ludovicus, ohne ihn allerdings zu nennen, als von der des dominus meus. Die Schülerschaft des Franciscus, die Savigny (Geschichte des römischen Rechts Bd. VI S. 330 Note 1) bestreitet, dürfte damit erwiesen sein.

den Fall im Auge haben, dass der Erwerber nach dem Willen des Veräusserers erst durch den körperlichen ingressus Besitzer werden sollte, „unde possessio non retinetur ibi, quia non potuerit eam transferre in continenti, sed quia noluit". In die Praxis scheinen die nach dem Vorgetragenen auch unter den juristischen Schriftstellern nur sehr vereinzelten Zweifel darüber, ob auch der solo animo retinierte Besitz durch constitutum possessorium übertragen werden könne, überhaupt nicht gedrungen zu sein. Das constitutum possessorium wurde vielmehr hauptsächlich gerade dann angewandt, wenn sich die Parteien nicht „in conspectu" der Sache, insbesondere des Grundstücks, befanden, also in einem Falle, in welchem der Besitz von dem Veräusserer solo animo retiniert wurde. So ist dem Notariatsschriftsteller Petrus de Boatteriis, ebenso wie seinen Vorgängern Rolandinus und Durantis, für die Fassung der Veräusserungsurkunde entscheidend, ob das Veräusserungsobjekt „in praesentia" oder „in absentia" ist. In dem ersteren Falle ist zu sagen: „Insuper praefatus venditor dedit et vendidit ipsi emptori unam domum in praesenti coram me notario et testibus infra scriptis aperiendo cameras et dando sibi claves in manibus etc.", in dem letzteren Falle: „idem venditor se dicti emptoris nomine constituit possidere etc." [199]).

V. Gelegentlich finden sich bei den Postglossatoren Erörterungen über das Objekt des constitutum possessorium. Es muss bestimmt sein in demselben Masse, wie der Gegenstand der Besitzergreifung überhaupt bestimmt sein muss. Daran fehlt es, wenn, wie dies im praktischen Rechtsleben üblich war, der Veräusserer nur erklärt, seine an einem bestimmten Orte befindlichen Habseligkeiten („quicquid juris habeo in tali fundo") von jetzt an für den Erwerber besitzen zu

[199]) Bl. 13v.

wollen. Hier geht deshalb Besitz nicht über[200]). Dagegen ist es nach der Meinung wenigstens der überwiegenden Mehrheit der Postglossatoren zulässig, das gesamte Vermögen oder eine Quote desselben durch constitutum possessorium zu übertragen[201]). Doch war es ihnen hierbei zweifelhaft, ob einem solchen constitutum omnium bonorum auch Wirksamkeit für die dem Vermögen des Veräusserers erst nachträglich hinzutretenden Stücke verschafft werden könne. Dynus[202]) leugnete dies, Baldus und Angelus de Ubaldis schwankten, gegen das Ende der Postglossatorenzeit gelangte indessen, insbesondere durch Alexander Tartagnus[203]) und Jason[204]) die Ansicht zum Durchbruch, dass durch constitutum possessorium auch das künftige Vermögen, insbesondere zur Sicherung eines Gläubigers, übertragen werden könne, eine Ansicht, die vorher schon von Jacobus Butrigarius, Bartolus, Salycetus, Johannes ab Imola und Ludovicus Romanus vertreten worden war. Jason bestreitet, dass hier eine Unbestimmtheit des Gegenstandes vorliege, allerdings fehle eine „certitudo respectu rerum particularium“, dafür sei aber eine „certitudo respectu universi“, eine „certitudo generalis“ vorhanden und diese genüge. Jedenfalls sei die „incertitudo“ doch auch nur vor dem eigenen Erwerbe des Veräusserers vorhanden, nach demselben aber nicht mehr, und auf diesen letzteren Zeitpunkt komme es an.

Auch Rechte können nach der Ansicht der Post-

---

200) Vgl. Baldus ad l. 74 D. d. C. E., welcher sich auf Dynus bezieht; Angelus de Ubaldis ad l. 76 § 1 D. d. R. V.; Philippus Decius ad l. 23 D. d. R. I. nr. 19 S. 120.

201) Das Gegenteil behauptet Philippus Decius cons. 226 Bl. 251.

202) Vgl. Tiraquellus pars II ampl. 32 S. 128.

203) Ad l. 3 § 2 D. h. t. Bl. 72v, cons. 85 lib. VI S. 85.

204) Ad l. 3 § 2 D. h. t. Bl. 64, cons. 147 vol. II nr. 39.

glossatoren durch constitutum possessorium sowohl übertragen als auch neu bestellt werden. So halten sie es für zulässig, dass der Eigentümer mittels des constitutum possessorium den ususfructus bestelle, der ususfructus causalis wird dann zum ususfructus formalis. Die Postglossatoren betonen, dass einer solchen Bestellung des Niessbrauches weder der Satz, dass niemand mehr Rechte auf einen andern übertragen kann, als er selber hat, noch der, dass niemandem seine eigene Sache dienen kann, entgegenstehe [205]). Antonius de Butrio war allerdings anderer Ansicht, er verlangt, dass das Recht beim Uebertragenden als solches bestanden habe, dass es „formatum" gewesen sei, er verwirft die Neubegründung eines Rechts durch den „actus constituti", „qui non est ordinatus ad creandum, sed ad transferendum". Wird ein Recht durch Konstitut neu bestellt, so geht vielmehr erst mit der Ausübung durch den bisherigen Berechtigten im Namen des Erwerbers auf diesen der Besitz über. Allgemein wird dies für Prädialservituten anerkannt. Auch die Uebertragung der quasi possessio einer jurisdictio mittels des constitutum possessorium durch denjenigen, welchem die Gerichtsbarkeit zusteht, findet sich bei den Postglossatoren erwähnt, dasselbe gilt vom Zehntrecht, vom Patronat und von anderen kirchlichen Rechten. Sehr bedenklich ist es, wenn Jason im consilium 111 des vierten Bandes seiner Konsiliensammlung den Besitz von „nomina debitorum" durch constitutum possessorium übergehen lassen will, da er unter diesen „nomina debitorum" augenscheinlich nicht die blossen Schuldurkunden, sondern, wie der Hinweis auf die quasi-possessio zeigt, die Schuldforderungen selber versteht.

---

[205]) Vgl. insbesondere Bartolus ad l. 18 Pr. D. h. t. S. 271 und Antonius de Butrio ad c. 8 X. d. caus. poss. et propr. 2, 12 nr. 33 Bl. 114.

VI. Das constitutum possessorium hat, wie die traditio ficta überhaupt, bei den Postglossatoren im allgemeinen dieselben Rechtswirkungen, wie die traditio vera. Es findet deshalb auch auf das constitutum possessorium die l. 15 C. d. R. V. (l. quotiens) keine Anwendung. Gerade für das Konstitut betonen dies die Postglossatoren an zahlreichen Stellen.

Auch darin steht das constitutum possessorium der traditio vera gleich, dass seine Hinzufügung die Aufhebung eines durch Konsens abgeschlossenen Veräusserungsvertrages durch blossen Dissens verhindert und Retradition des Veräusserungsobjekts (in der Form der traditio brevi manu) erforderlich macht[206]).

Durch das constitutum simplex wird possessio civilis und naturalis übertragen, durch das constitutum cum precario dagegen nur die erstere. Das constitutum cum precario hat also eine schwächere Wirkung als das constitutum simplex[207]).

Dem Konstitut wird indessen nicht in jeder Richtung die Kraft der körperlichen Tradition beigelegt.

So herrschte unter den Postglossatoren zunächst darüber Streit, ob der Erwerber, dem der Veräusserer zur Tradition verpflichtet ist, sich mit dem constitutum possessorium zu begnügen habe. Einige nehmen dies in allen Fällen an[208]), einige wenigstens für den Fall, dass ein simplex constitutum im Gegensatze zu einem in der Form der „precarii retentio" stattfindenden vorliegt[209]); herrschende Meinung war indessen, dass der

206) Vgl. Jason ad l. 58 D. d. pact. 2, 14 Bl. 184. Zweifelnd Paulus de Castro ad l. 1 C. qu. lic. ab empt. disc. Bl. 130.

207) Vgl. Baldus cons. 482 vol. I nr. 10, 11: „Plus est dicere: Pro te possideo, quam precario possideo;" Matthaeus de Afflictis decisio 139 nr. 9 Bl. 115v; Jason ad l. 58 D. d. pact. 2, 14 nr. 12 Bl. 184: „Et sic habes quod plus operatur simplex constitutum, quam si adjiciatur precario nomine."

208) So Bartolus, Salycetus, Raphaël Fulgosius.

209) So Jason ad l. 58 D. d. pact. nr. 12 Bl. 184.

Veräusserer durch das constitutum possessorium zwar von der Verpflichtung zur traditio juris befreit werde, nicht aber von derjenigen zur traditio facti, und dass der Erwerber auch diese zu verlangen berechtigt sei[210]).

Auch machte man schon frühe die Erfahrung, dass das constitutum possessorium nicht nur zu reellen Veräusserungen, sondern auch nur gar zu oft zu fraudulosen und simulierten Geschäften benutzt wurde. Denn ein bequemeres Mittel, ihr Vermögen dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, konnten unredliche Schuldner unmöglich finden. Hiergegen trat denn schon zur Postglossatorenzeit eine Reaktion der Gesetzgebung und der Jurisprudenz ein, und diese Reaktion hat bis zum heutigen Tage fortgedauert.

So bestimmte das Kapitel: de debitis per filium familias factis des Statuts von Moncalieri von 1378[211]): „Et bona et res quas haberet et duceret praesumantur esse sua non obstantibus aliquibus instrumentis vel testibus, qui in contrarium ostendi possent, si aliquis produceret instrumenta vel testes, quod bona vel mercandia essent sua, nullum sit praejudicium creditoribus." Ein Statut von Vincenzia machte die Wirkung des

---

[210]) So Cynus, Baldus, Angelus, Paulus Castrensis, Guido Papae, Philippus Decius, Alexander Tartagnus im consilium 28 lib. II S. 53 („Unde secundum magis veram et communem opinionem venditor, qui solum se constituit nomine emptoris possidere, non est liberatus perfecte ab actione ex emto, quia tenetur ad tradendum, nisi actualiter etiam tradat"), während er im consilium 27 lib. I S. 69 entgegengesetzter Meinung ist („Respondeo, quod — venditor constituit se precario nomine emptoris possidere, et tunc liberabitur venditor"); Corneus consilium 343 nr. 11 l. c. Bl. 274 v: „communis est doctorum opinio in contrarium, scilicet quod nihilominus venditor possit cogi actione ex emto per emtorem, ut sibi transferatur corporalis possessio"; Ruinus tom. I cons. 94 nr. 1 Bl. 134.

[211]) Monumenta Historiae Patriae; Leges municipales (Aug. Taur. 1838) Sp. 1426, vgl. Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts a. a. O. S. 611 Anm. 18.

constitutum possessorium gegen Dritte wenigstens von einer Insinuation vor dem Rate abhängig. Alexander de Naevo teilt drei Bestimmungen dieses Statuts mit[212]. Die erste lautete: „Statuimus et ordinamus, quod de omni re sive possessione vel jure venditis vel alienatis duobus vel pluribus prior debeat poni et esse in possessione vel quasi, etiamsi venditor vel donator vel alienator constituerit se possidere pro eo, dummodo prior emptor vel donatarius vel alius acquirens remanserit in corporali possessione vel quasi rei vel juris alienati aut dictum contractum insinuari fecerit in majori consilio." Das constitutum possessorium, das nicht vor dem Rate verlautbart worden, giebt also dem ersten Käufer keinen Vorrang vor dem zweiten, dem körperlich tradiert worden ist. Die zweite Bestimmung besagte: „Quod si quis fecerit venditionem, donationem vel alienationem et deinde cum alio contraxerit, in quo contractu sua bona obligaverit et tamen contrahens habuerit vel habere visus fuerit integram possessionem, quod nullum praejudicium fit creditoribus, cum quibus post primam venditionem vel alienationem contraxerit, nisi fecerit eam insinuari in majori consilio." Das nicht insinuierte Konstitut hat also gegen die Gläubiger des Veräusserers keine Wirksamkeit. In ähnlichem Sinne äussert sich die dritte Bestimmung: „Quod si apparuerit aliqua persona ostendens instrumentum aliquod, in quo contineatur personam illam, de cuius hereditate agitur, donationem aliquam seu venditionem fecisse alicui personae de bonis immobilibus vel de aliqua parte bonorum, quod illud instrumentum verum esse non credatur et vires non habeat, nisi ille, cui facta fuerit praedicta donatio vel venditio, stetisset in possessione vivente illo, de cuius hereditate agitur, vel nisi insinuatum fuerit publice et alta voce in majori consilio." Das nicht ver-

212) Cons. 78 nr. 2 sq. Bl. 88v sq.

lautbarte Konstitut berechtigt also auch nicht, als Erbschaftsgläubiger aufzutreten. Nach einer einem consilium des jüngeren Franciscus Curtius entlehnten Notiz des Tiraquellus[213]) versagte ein Mailänder Statut wenigstens dem constitutum omnium bonorum die Wirkung der Besitzübertragung.

Wichtiger war die Reaktion der Jurisprudenz. Die Praxis ging hier anscheinend manchmal geradezu radikal vor. Sie nahm an, dass ein auf Veräusserung gerichtetes Geschäft, nach dessen Abschluss der Veräusserer noch scheinbar im Besitze blieb, unmöglich ernstlich gemeint sein könne, und berief sich zur Unterstützung dieser Ansicht auf die l. 8 § 7 D. q. m. pign. v. hyp. solv. 20, 6[214]), in welcher es sich freilich um einen ganz speziellen Fall handelt. Den Umstand, dass ein constitutum possessorium vorlag, sah sie hierbei nicht als ausreichend an, die „praesumptio simulationis" zu beseitigen. Das hiess denn freilich das Kind mit dem Bade ausschütten. Der Sieg dieser wohl nur vereinzelten Auffassung hätte geradezu zur Beseitigung des Konstituts geführt. Von den Theoretikern haben sich insbesondere die beiden bedeutendsten, Bartolus und Baldus, mit dieser Frage beschäftigt[215]). Der erstere

[213]) Pars II ampl. 31 S. 127.

[214]) Supervacuum est quaerere, agrum specialiter hypothecae datum permissu creditoris venisse, si ipse debitor rem possideat: nisi quod potest fieri, ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere coepisset, aut si ipse debitor emptori heres exstiterit: verumtamen cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio inerit translata ad praesens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali obicere.

[215]) Von andern vgl. Philippus Decius ad l. 23 D. d. R. I. S. 119; Alexander Tartagnus cons. 28 nr. 11 lib. V; Bartholomaeus Caepolla, Libellus de contractibus emptionum et locationum cum pacto de retrovendendo simulatis (s. l. 1556) nr. 24; Carolus Ruinus consiliorum tom. I cons. 119 Bl. 168v flg. nr. 1, 8, 9, tom. IV cons. 66 nr. 8 Bl. 80.

bespricht dieselbe zunächst bei Erörterung der l. 8 § 7 D. q. m. hyp. v. pign. solv. cit. und der l. 15 D. d. don. 37, 5[216]). Er fasst hierbei wohl in erster Linie die in diesen beiden Stellen speziell behandelten Tatbestände ins Auge, doch legt auch er der l. 8 § 7 cit. einen allgemeinen Sinn unter. Auch er nimmt hier an, dass durch ein im Veräusserungsinstrumente enthaltenes Konstitut „non effugiatur praesumptio fraudis". Doch macht er für den Fall eine Ausnahme, „si venditor de fructibus emptori responderit", „vel si venditor reservaverit sibi usumfructum". Es lässt sich nicht leugnen, dass in diesen Ausnahmen, welche Bartolus der l. 13 § 21 D. d. act. e. e. v. 19, 1 und der l. 20 C. d. agr. et cens. e. col. 11, 47 entnimmt, ein Anklang an die heutzutage verbreitete Theorie von der Notwendigkeit der causa detentionis liegt. Doch darf man nicht vergessen, dass Bartolus die Usufruktuarstellung des Veräusserers nicht zur Gültigkeit des constitutum possessorium, sondern nur zur Beseitigung der demselben sonst entgegenstehenden Simulationsvermutung fordert. Bartolus kommt auf die in Rede stehende Frage aber auch in zweien seiner Konsilien, im consilium 65 und 81[217]) zu sprechen und hier führt er aus, dass das constitutum possessorium die Fiktionspräsumption beseitige, vorausgesetzt, dass nicht wie beim contractus suffragii „aliqua causa exprimendae fictionis vel simulationis" vorhanden ist, „alias si appareret, praesumeretur fictus dictus actus, quo se constituit possidere, sicut alius contractus". Baldus ist dieser letzteren Ansicht des Bartolus. Auch er hält zwar die l. 8 § 7 D. q. mod. pign. v. hyp. solv. für den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips. Doch will er der Vermutung, dass der noch nach abgeschlossenem Veräusserungs-

---

[216]) S. 447 und S. 177 nr. 4.

[217]) Bl. 18 v, 22.

vertrage besitzende Verkäufer nicht ernstlich gehandelt habe, nur dann Raum geben, „quando possidet non mutata causa possessionis". „Ex hoc patet, quod cum intervenit precarium, tunc cum causa possessionis mutetur, non praesumitur contractus simulatus, si primo possidet jure proprio, postea possidet precario. Verum constitutio precarii praesumptionem simulationis excludit" [218]). Nur dann, wenn dem Veräusserungsvertrage selber die „suspicio fraudis vel simulationis" anhaftet, ist auch das constitutum possessorium für simuliert zu erachten [219]). Deshalb ist zur Vollziehung des contractus suffragii, auch wenn ein Mobile den Gegenstand desselben bildet, körperliche Uebergabe erforderlich.

VII. Singuläre Rechtssätze über das Erlöschen des Konstituts werden erst in der späteren Postglossatorenzeit aufgestellt. Eine communis opinio bestand indessen nicht. Raphaël Cumanus [220]) lässt den Besitz bereits mit dem Tode des Konstituenten aufhören, falls der Konstitutar dann nicht sofort die Sache an sich nimmt, Baldus [221]) in zehn Jahren nach der Erklärung, Ruinus [222]) in zehn Jahren nach dem Tode des Konstituenten. Die unmittelbare Quelle dieser eigentümlichen zehnjährigen Frist sind Ausführungen des Dynus, der zur regula III (sine possessione) des Titels

---

[218]) Ad l. 1 C. d. don. a. nupt. 5, 3 nr. 6, 7 Bl. 152.

[219]) Ad l. un. C. d. suff. 4, 3. Er sagt zwar: „ficta traditio praesumitur simulata", doch denkt er bei dieser „ficta traditio" allem Anscheine nach nur an das constitutum possessorium, da er äussert: „Sed quae est ratio, quod hic requiritur traditio corporalis et ideo non sufficit precarium vel retentio usus fructus."

[220]) Consilia sive responsa acutissimorum juris interpretum Raphaëlis Cumani nempe et Fulgosii (Venet. 1576) cons. 155 nr. 5 S. 82.

[221]) Cons. 150 vol. II nr. 7.

[222]) Cons. 127 vol. V nr. 18 Bl. 155 flg.

de regulis juris im liber sextus bemerkt[223]), dass der possessor civilis, der mit der Ergreifung des Naturalbesitzes zehn Jahre lang zögere, auch die possessio civilis verliere, weil angenommen werden müsse, dass er den Besitz vergessen habe, dieses Vergessen (oblivio) aber ein Aufgeben des Besitzwillens enthalte. Den Gedanken, dass der Besitz hier durch Verjährung verloren gehe, weist Dynus ausdrücklich zurück.

VIII. Eine Begriffsbestimmung des constitutum possessorium findet sich in den Schriften der Postglossatoren nirgendwo. Ihre Bemerkungen über Wesen und Natur des Konstituts sind dürftig. Doch erhellt Folgendes:

Den Postglossatoren ist die Auffassung des constitutum possessorium als eines Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter nicht verloren gegangen. Sie findet sich bei Albericus de Rosate[224]), der zur l. 77 D. d. R. V. 6, 1 bemerkt: „Donatarius habet animum acquirendi et mulier, quae est in re, constituendo se possidere corpus suum ponit pro corpore donatarii absentis et sic ex animo donatarii et corpore mulieris quaeritur possessio ipsi donatario." Dass Bartolus derselben Ansicht war, geht schon aus seinen oben[225]) wiedergegebenen Ausführungen über die Zulässigkeit der Uebertragung eines solo animo retinierten Besitzes durch constitutum possessorium hervor, insbesondere aus seiner Vergleichung dieses Falles mit demjenigen der Besitzergreifung durch einen negotiorum gestor und aus seiner

---

[223]) Nr. 33 flg. S. 79. Vgl. auch Bartolus ad l. 40 § 1 D. h. t. nr. 4; Nicolaus de Tudeschis ad c. 9 X. d. rest. spol. 2, 13 nr. 16.

[224]) Bl. 330 v. Vgl. auch denselben ad l. 3 Pr. D. h. t.: „In l. quarundam et l. quod meo et l. quisquis fuit actus corporis alieni, qui nomine meo possidere voluit, unde perinde est ac si esset actus corporeus."

[225]) S. 115 flg.

Allegation der l. 30 § 6 D. h. t. Es erhellt dies ferner aus seinen Bemerkungen zur l. 15 D. d. us. et us.[226]), von denen zum Teil ebenfalls schon die Rede gewesen ist. Zum Beweise, dass der mit Hilfe eines Stellvertreters erworbene Besitz possessio vera, nicht ficta sei, beruft er sich hier auf die Fassung der l. 18 Pr. D. h. t. („is possidet, cuius nomine possidetur"), zum Beweise, dass auch das constitutum possessorium possessio vera erzeuge, auf die l. 6 § 1 D. d. prec. 43, 26[227]). Die Auffassung des constitutum possessorium als einer bloss fingierten Tradition hält er deswegen für geboten: „quia fateor, quod vera traditio, quae est mera facti, ibi non intervenit nec alterius pedum positio potest dici mea pedum positio secundum veritatem." Bei der Auslegung der l. 18 Pr. selber sagt Bartolus[228]): „Per me et meo facto quaeritur possessio." Auch Raphaël Fulgosius[229]) betrachtet das constitutum possessorium als einen Besitzerwerb durch einen Stellvertreter, er sagt: „Venditor desinit possidere suo nomine et incipit possidere nomine procuratoris procuratorio nomine domini, sicut in retentione. Nam qui possidet nomine conductoris mei vel commodatarii, meo nomine possidet et sic retinet." Dasselbe gilt von Franciscus de Accoltis[230]): „Is qui constituit se nomine alterius possidere, incontinenti, id est in ipso actu constitutionis videtur habere animum insistendi rei, ut acquirat possessionem tertio, cuius nomine vult possidere, perinde est ergo ac si de novo apprehendisset possessionem nomine illius." Nur an einen dem Besitzerwerb durch

---

[226]) S. 309 nr. 58, 59. Vgl. oben.

[227]) Si procurator meus me mandante vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor.

[228]) S. 270.

[229]) Ad l. 1 C. h. t. Bl. 145.

[230]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. Bl. 37 v.

Stellvertreter analogen Fall denkt Paulus Castrensis[231]): „Et breviter puto, quod sub illa clausula, quorum etc. contineatur constitutum simplex, per quod tam civilis quam naturalis possessio censetur translata l. 18 D. d. aq. p., et sic ex tunc d. Nicolaus tamquam procurator videtur possedisse pro dictis dominabus,“ und „filii dicti d. Nicolai, qui videbantur possidere procuratorio nomine dictarum dominarum“.

Weil das constitutum possessorium ein Besitzerwerb durch einen Stellvertreter ist, erachtet Ruinus die Erklärung: constituo te possessorem nicht als eine ausreichende Willensäusserung des bisherigen Besitzers: „Aliud est enim dicere, constituo me tuo nomine possidere, et aliud est dicere, constituo te possessorem, quia primo casu ille, qui constituit, rem tenet et in ipsa re permanet nomine alterius, ideo illi volenti acquiritur possessio et alieno corpore dicitur possidere ... et alio casu non stat possessor in ipsa re nec illam retinet alieno nomine, sed constituendo alium possidere vult, quod alius per se ipsum possideat, quod simplici verbo et sine apprehensione vera vel ficta non potuit facere.“ Die Auffassung des constitutum possessorium als eines Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter liegt ferner dem consilium 387 des Angelus de Ubaldis[232]) zu Grunde. Ein Verkaufsmandatar, dem auch Vollmacht zur Uebereignung durch constitutum possessorium erteilt worden war, hatte die Sache mittels Konstituts übertragen, demnächst übereignete sie der Prinzipal durch körperliche Tradition. Angelus entscheidet, dass derjenige, der vom Prinzipal den Besitz erhalten habe, vorgehe; denn damit durch constitutum possessorium Besitz erworben werde, müsse der bisherige Besitzer

---

[231]) Cons. 10 nr. 3 Bl. 5 v.

[232]) Bl. 166 v.

„in animo suo“ beschliessen, von nun an für den Erwerber zu besitzen, „quoniam hoc in animo et in animi potentia consistit“; „in proposito autem nedum quod dominus destinaverit velle possidere pro emptrice prima, immo fecit totum oppositum, quia vendidit et distraxit et alium in corporalem possessionem induxit.“

Neben der Subsumtion des constitutum possessorium unter den Begriff des Besitzerwerbes durch Stellvertreter findet sich schon bei den Postglossatoren noch eine andere Auffassung, welche das Konstitut als das Produkt der Zusammenziehung zweier Akte in einen ansieht, einer Tradition des Besitzes nämlich und einer Retradition der Detention. In diesem Sinne spricht sich Zabarella[233]) aus: „Quia facto constituti transfertur civilis et naturalis possessio et retransfertur in constituentem naturalis.“

Der praktischen Handhabung nach ist freilich wenigstens das constitutum simplex bei den Postglossatoren eine blosse Formel. Sie begnügen sich mit dem Worte des Veräusserers und fragen nicht nach seinem Willen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass nur einem sehr geringen Teile, vielleicht keiner der zahlreichen Konstitutumserklärungen, welche in den Konsilien der Postglossatoren begutachtet werden, ein Wille des Veräusserers, von jetzt an Stellvertreter des Erwerbers im Besitze zu sein, wirklich zu Grunde lag. Da es sich in diesen Konsilien regelmässig um die Frage handelt, ob durch das vorliegende Konstitut Besitz und Eigentum übergegangen sei, so hätte es für den Konsulenten sicherlich nahe gelegen, auf diese Diskrepanz zwischen Willen und Willenserklärung hinzuweisen. Von einer solchen Hinweisung fehlt jede Spur, ein Beweis, dass man lediglich auf die Erklärung sah und nicht auf

---

[233]) Lectura solemnis et aurea super primo Decretalium (Lugd. 1518) ad c. 2 d. cons.

den Willen. Bezeichnend ist ferner der Kampf gegen die Praxis in der Frage nach der Bedeutung des Wortes tradidit[234]. Die Postglossatoren wollen an die Stelle dieses Wortes die Erklärung des Konstitutums setzen, erachten also die Bedeutung des letzteren derjenigen, welche die Praxis dem Worte „tradidit“ beilegte, für gleichwertig. Dass aber die Praxis die Erklärung „trado“ nicht als Aeusserung des Willens des bisherigen Besitzers, von nun an für den Erwerber zu besitzen, aufgefasst hat, bedarf keiner Ausführung. Dass das constitutum simplex den Postglossatoren blosse Formel ist, beweist endlich die häufige Bezeichnung desselben als „clausula“[235] und die hiermit zusammenhängende Annahme einzelner, dass das Konstitut, wenn es nicht ausdrücklich in der Veräusserungsurkunde erwähnt ist, wenigstens in dem derselben eingefügten „etc.“ enthalten sei.

§ 8.

Die traditio brevi manu.

Die Glossatoren hatten das Wesen der traditio brevi manu nicht erkannt, sie hatten nicht gewusst, welche Stelle sie ihr im Rechtssysteme anweisen sollten. Die Postglossatoren sind über die Glossatoren hinausgekommen[236]. Sie behandeln die traditio brevi manu als traditio ficta. Bei der Aufzählung der Arten der letzteren wird auch sie von Nicolaus de Tudeschis[237],

---

[234]) Siehe oben.

[235]) Vgl. z. B. Jason cons. 147 vol. II nr. 3 S. 470.

[236]) Cinus ad l. 20 C. d. pact. Bl. 40 betrachtet die traditio brevi manu noch lediglich vom Standpunkte des Veräusserers aus: „Solum ibi habetur patientia pro traditione et ideo est ibi quasi traditio.“

[237]) Ad c. 2 X. d. cons.

Antonius de Butrio[238]) und Baldus[239]) erwähnt. Von einigen Postglossatoren wird die traditio brevi manu auch ausdrücklich als traditio ficta bezeichnet[240]). Von ihrem Wesen haben die Postglossatoren eine durchaus zutreffende Vorstellung. So sagt Albericus de Rosate[241]): „Et hoc continet propter primam apprehensionem, quae hodie conjungitur animo." „Et ideo voluntas hodierna jungitur praecedenti apprehensioni, et sic ex eis duobus videtur dominium acquisivisse, unde civiliter possidet." Baldus bemerkt[242]): „Solum possessio non quaeritur solo animo, verum est, nisi praecedat detentatio et superveniat titulus, quia tunc statim mutatur prima causa in secundam." Bei Salycetus[243]) heisst es: „Prima traditio et corporalis possessio quam habebat, et civilis quam nunc nanciscitur per animum possidendi, conjuncta permissione utendi sunt sufficientes

[238]) Ad c. 2 X. d. cons.

[239]) In usus feudorum commentaria lib. 2. Quid sit investitura nr. 11.

[240]) Vgl. Baldus ad § 44 I. d. R. D.: „Traditione, scilicet vera, sed est ficta traditio, quam Doctores vocant quasi traditionem." „Item super verbo tradiderit, scilicet vere tradiderit, tamen ficte sive praesumptive et quasi tradidit, ac perinde est ac si tradidisset vere"; in usus feudorum commentaria Praeludia nr. 28 Bl. 3 v. „Certum est autem quod duplex est investitura, scil. verbalis et realis ... Per secundam autem realem aut est facta possessori, qui antea possidebat, etenim causa possessionis mutatur, et sic ficte videtur res tradita, ut D. R. V. l. 77"; Franciscus de Accoltis ad l. 9 § 9 D. R. C. 12, 1 l. c.: „Nota primo sec. Bartolum et communiter omnes, quod quando res est penes contrahentem cui debet fieri traditio, solus titulus et mutatio causae inducit fictam traditionem, ex qua transfertur dominium et possessio." „Aliquando ego volo possidere rem, quam detineo, accedente consensu domini et possessoris, et tunc sola voluntas utriusque inducit fictam traditionem et transfertur possessio et dominium."

[241]) Ad l. 9 § 9 D. d. R. C. 12, 1 Bl. 12.

[242]) Ad l. 9 § 9 D. d. R. C. 12, 1 Bl. 13 v.

[243]) Ad l. 9 § 9 D. d. R. C.

causae transferendi sine nova traditione." Paulus Castrensis[243]) findet, dass durch traditio brevi manu Eigentum und Besitz übertragen werde „propter duo simul concurrentia, scilicet quod pecunia erat apud te et quia adest voluntas mei domini et possessoris". Die Postglossatoren heben ausdrücklich hervor, dass sich die traditio brevi manu weder auf den Fall des Darlehns beschränke, noch auf den der praesentia des Veräusserungsobjekts[244]).

Die Grundsätze der traditio brevi manu werden auf die missio ex secundo decreto wegen verweigerter cautio damni infecti angewandt[245]). Der Immittierte, der sich bereits kraft des ersten Dekrets in der custodia der Sache befindet, bedarf zur Erlangung der aus dem zweiten Dekrete entspringenden Rechte nicht nochmaliger Immission, es genügt, wenn der Richter verfügt: „Retineas tibi rem, quae est penes te ex primo decreto."

§ 9.

Die Skotation.

Die Postglossatoren haben, ebenso wie die Glossatoren, fast einstimmig[246]) geleugnet, dass die investitura

---

[244]) Vgl. Baldus, Salycetus und Paulus Castrensis ad l. 9 § 9 D. d. R. C.; Johannes de Platea, Super quatuor Institutionum libros (1539) ad § 44 d. R. D. Bl. 29.

[245]) Franciscus de Accoltis an dem in Anm. 240 angegebenen Orte.

[246]) Eine Ausnahme macht Lucas de Penna, Super tribus posterioribus libris Codicis (Lugd. 1577) ad l. 5 d. locat. praed. 11, 70 (71) Bl. 204 v, der bemerkt: „Ista investitura ideo fit, ut quod non potest dominus personaliter tradere aut corporaliter, quodam animi intellectu id tradat," und sich hierbei auf das constitutum possessorium, die Schlüsselübergabe und die instrumentalis traditio bezieht.

abusiva, die investitura per anulum, hastam, ensem, biretum etc., die Wirkung der Eigentums- und Besitzübertragung habe. Als Grund hierfür gibt Baldus[247]) an, dass die investitura abusiva eine blosse investitura „significativa“ sei, „quae nihil repraesentat rei cohaerens, sed est simpliciter quoddam signum“. Die investitura abusiva hat nach der Ansicht der Postglossatoren vielmehr nur die Bedeutung einer dem Investierten erteilten Ermächtigung, „propria autoritate“ den Besitz zu ergreifen, und die der Besitz- und Eigentumsübertragung nur dann, wenn sie im Angesichte des Veräusserungsobjekts vorgenommen wird.

Nur Ein Fall macht eine Ausnahme, die sogenannte scotatio[248]), die Investitur durch Uebergabe einer Erdscholle, welche von Papst Innocenz III.[249]) als Besitz- und Eigentumsübertragungsform anerkannt worden war. Die Erklärung für diese Wirkung der scotatio finden

---

[247]) Ad l. 1 C. d. don. l. c. Bl. 179. Vgl. auch ad l. 20 C. d. pact. l. c.: „Cum investitura sit signum actus personalis magis quam traditionis“; Johannes ab Imola ad c. 3 X. d. his quae f. a. maj. part. cap. 3, 11 l. c.: „Sed hic investitura et anulus videntur esse actus separati ab ipso beneficio et ideo non videntur esse signum traditae possessionis.“

[248]) Vgl. über dieselbe auch Strohal S. 9.

[249]) Cap. 2 X. d. cons. 1, 4: „. . . Si vero quis possessiones aliquas claustris vel aliis religiosis locis in bona valetudine vel ultima voluntate pro suorum vult remedio peccatorum conferre, hanc conferendi formam esse proponitis, quod in huiusmodi donationibus modicum terrae consuevit in manu accipere vel in extremitate pallii quod manu episcopi vel cuiuslibet alterius praelati ecclesiae sustinetur, aut super ipsum altare aliquo involutum panniculo cum debita humilitate ponendum sub testimonio videntium et audientium . . . discretioni vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus donationes eorum, quae sub obtentu consuetudinis claustris, ecclesiis vel quibuslibet locis religiosis pie conferuntur vel etiam sunt collata, faciatis irrevocabiliter observari, quum huiusmodi signum, quod scotatio dicitur, non tam factae donationis quam traditae possessionis sit evidens argumentum.“

die Postglossatoren, im Anschlusse an die eigene Begründung des Papstes, in der rechtsgestaltenden Kraft der Gewohnheit. Die consuetudo, „quae est altera lex“ [250]), kann ebenso wie die lex scripta neue Arten der traditio ficta schaffen. „Et quod operatur ius in determinando actum fictum ad signum transferendae possessionis, illud operatur consuetudo, maxime in rebus tradendis ecclesiis. Unde posset consuetudo alios actus originare ultra jus, tamquam signum transferendae possessionis“ [251]). Die consuetudo kann deshalb auch jeglicher investitura abusiva die Wirkung der Eigentums- und Besitzübertragung beilegen [252]), ja sie hat sogar die Kraft, einen Eigentums- und Besitzübergang durch blossen Vertrag einzuführen [253]). Der consuetudo stellen Baldus [254]), Angelus de Ubaldis [255]), Franciscus de Accoltis [256]) und Guido Papae [257]) das statutum gleich.

---

[250]) Nicolaus de Tudeschis ad c. 2 X. d. cons.

[251]) Antonius de Butrio ad c. 2 d. cons., vgl. auch Innocentius IV. eod.; Zabarella eod.; Johannes ab Imola eod. und ad c. 3 X. d. his quae f. a maj. part. cap. 3, 11; Baldus ad c. 2 d. cons., cons. 377 vol. I nr. 1; Matthaeus de Afflictis decisio 299 nr. 12 Bl. 248v.

[252]) Baldus ad c. 2 X. d. cons.; Antonius de Butrio eod.: „Puto tamen quod si procederet consuetudo et hominis destinatio, quod investitura transfertur possessio et quod illud est signum translatae possessionis, quod etiam in re absenti transfertur possessio per istam decretalem et sic per actum omnino remotum tunc transfertur possessio“; Johannes ab Imola eod. und ad c. 3 X. d. h. q. f. a. maj. part. cap. 3, 11; Franciscus de Accoltis ad l. 3 Pr. D. h. t. nr. 4 Bl. 13.

[253]) Baldus ad c. 2 X. d. cons., ad c. 9 X. d. rest. spol. 2, 13, sowie ad l. 4 C. h. t. Bl. 21; Angelus ad eand. leg.; Guido Papae, Commentaria in Statutum Delphinale: Si quis per liberas § possessio.

[254]) Ad c. 9 X. d. rest. spol. Ueber die Stellung des Baldus zu der Frage nach dem Verhältnisse des Statutarrechts zum jus commune vgl. Karsten S. 154.

[255]) Ad l. 4 C. h. t.

Die Postglossatoren bestreiten, dass die in Rede stehende Dekretale ein Privilegium nur für die Kirche und die pia corpora enthalte, auch Laien können nach ihnen durch scotatio erwerben, wenn das Gewohnheitsrecht dies zulässt[258]). Entgegengesetzter Ansicht waren Bernardus, Guido de Baysio (Archidiaconus), der annahm, durch cap. 2 X. d. cons. sei bestimmt, „quod de jure canonico ex solo titulo donationis transfertur dominium et possessio“ [259]), und Portius[260]), der von diesem Privilegium sagt: „Deus ubique est praesens, ubi bonum agitur (l. 13 § 4 C. d. jud. 3, 1) unde nimirum si dominium et possessio ecclesiae statim quaeritur.“

Guido Papae[261]) war der Meinung, dass eine Uebereignung eines Grundstücks durch Uebergabe einer Erdscholle auch ohne Sanktionierung durch das Gewohnheitsrecht zulässig sei. Zum Zwecke der Tradition der curia sancti Martini war ein Stück Erde vom Kirchhofe übergeben worden. Guido Papae hält hierdurch den Besitz der ganzen curia für übertragen: „Nam verbum terra est verbum juris, cuius appellatione castrum continetur.“ Wenn daher „terra“ tradiert wird, geht auch der Besitz des castrum über.

---

[256]) Ad l. 30 § 5 D. h. t. Bl. 47.

[257]) Quaestio 22 S. 14.

[258]) Vgl. Nicolaus de Tudeschis ad c. 2 X. d. cons.: „Nec credas hoc speciale in ecclesia, nam idem esset, si inter laicos hoc induceret consuetudo, ad c. 9 d. rest. spol. 2, 13 nr. 14; Antonius de Butrio, Zabarella ad c. 2 d. cons.

[259]) Johannes ab Imola ad c. 2 X. d. cons.; Zabarella eod.

[260]) Ad § 44 I. d. R. D. nr. 5 Bl. 50.

[261]) Cons. 71 nr. 7 Bl. 101.

§ 10.

Die Zeichnung der Sache in ihrer Bedeutung für das Eigentum.

Bei den Postglossatoren sind Erörterungen über die Bedeutung des Zeichens zwar häufiger als bei den Glossatoren, eine einheitliche Theorie hierüber hat sich indessen auch bei ihnen nicht gebildet[262]). Hemmend wirkte vor allem die allerdings nur scheinbare Diskrepanz zwischen l. 1 § 2 und l. 14 § 1 D. P. e. C. 18, 6 [263]). Doch wird man behaupten dürfen, dass die Postglossatoren wenigstens darüber einig gewesen sind, dass der Zeichnung eine andere Bedeutung beizulegen sei, wenn ihr ein mit dem Zeicheninhaber als Erwerber abgeschlossenes Veräusserungsgeschäft voraufgegangen war, als wenn dieser Fall nicht vorlag. Unter der ersteren Voraussetzung massen sie der Zeichnung die Wirkung der Tradition bei, einige schlechthin, einige wenigstens unter gewissen Umständen. Aber die Zeichnung wird an keiner Stelle der Postglossatorenschriften als traditio ficta aufgeführt. Die sich gelegentlich findende Bezeichnung „quasi traditio" bedeutet, wie bereits[264]) gesagt, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche der Postglossatoren eine Uebereignung, welche sich ohne körperliche Mitwirkung des Veräusserers vollzieht. Es wird nur gesagt, dass die Signation ihrer Wirkung nach der Tradition gleichstehe. Ohne Einschränkung behaupten dies Bartholomaeus Socinus, Jason und Alexander Tartagnus. Der Erstgenannte kommt auf unsere Frage

[262]) Vgl. Dietzel, Das Handelszeichen und die Firma. (Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts Bd. IV S. 263 flg.)

[263]) Siehe oben.

[264]) Siehe oben.

in dem schon mehrfach erwähnten consilium 55 zu sprechen. Der Käufer hat hier an dem von ihm erkauften Schiffe mit Zustimmung des Verkäufers „sua signa" anbringen lassen. Bartholomaeus Socinus äussert sich dahin: „Bene fecit, quia fecit signa sua apponi, sed per appositionem signorum dicitur translatum dominium rei signatae." Ebenfalls von einer Zeichnung durch den Käufer spricht Jason[265]: „Si res vendita signatur per talem signaturam, ita transfertur dominium, sicut per traditionem, ut existens in nemore signavit securi arbores, quas emit." Wenn daher dieselbe Sache zweimal verkauft wird, und von dem ersten Käufer signiert, an den zweiten aber tradiert wird, so geht der erste Käufer vor: „Quando res esset vendita uni et emptor illam signasset, si postea vendat alteri et tradat, praefertur primus secundo." Alexander Tartagnus[266]) hat eine Zeichnung durch den Verkäufer im Auge. Er spricht von derselben als von einer Uebereignung „absque ullo actu vero vel ficto apprehensionis" und sagt: „Vendidit quis mihi aliquam rem, non tradidit, sed imposuit ipse sigillum voluntate mea animo transferendi in me possessionem, nam tunc possessio transfertur." Die etwaige Annahme, Alexander habe hier an ein constitutum possessorium gedacht, widerlegt sich durch die Fassung seines Ausspruches und durch den Umstand, dass er, wie erwähnt[267]), zu denjenigen gehört, welche die Zulässigkeit eines stillschweigenden constitutum simplex ausdrücklich verneinen.

Auch Albericus de Rosate, Baldus und Salycetus stellen die Signation ihrer Wirkung nach der Tradition gleich, aber nur unter gewissen, selten zutreffenden Voraussetzungen. Im Gegensatze zu Socinus,

---

265) Ad l. 20 C. d. pact. 2, 3 Bl. 69 v.

266) Ad l. 3 § 1 D. h. t. nr. 15 Bl. 71 v.

267) Siehe oben S. 109.

Alexander und Jason erachten sie die l. 1 § 2 cit als den Normalfall, die l. 14 § 1 als die Ausnahme Albericus de Rosate und Baldus legen der Zeichnung des Veräusserungsobjektes nur dann die Wirkung der Eigentumsübertragung bei, wenn die Parteien vernünftigerweise nicht etwas anderes beabsichtigt haben können. Ersterer sagt[268]: „Opponitur, quod signatio non facit habere pro traditis, ut supra eod. l. 1 § 2. Solum aliud in vino, quia ibi potest fieri signatio ad hoc, ne vinum subtrahatur, vel aliud submittatur, et etiam ne habeatur pro tradito, sed in dubio praesumitur signatum, ne vinum subtrahatur vel aliud submittatur. Sed trabes ad aliud non possunt signari, nisi ut pro traditis habeantur, ut hic: alias signatio nihil operaretur." Bei Baldus[269] heisst es: „Et pone exemplum de quasi traditione. Si vendidit tibi quasdam trabes pendentes nemore, et tu cum securi signasti eas, istud signaculum habet vim traditionis. Item si vendidit tibi aliquos porcos de grege, et tu signasti eos, videor tradidisse, licet secus sit in signato vino et ratio est, quia ibi potest esse alia causa signationis, quam animus tradendi, scilicet ne aliquid immitatur in vegetem. Sed in arboribus, porcis et similibus nullo alio animo potest aestimari facta signatio, nisi animo tradendi, ita dicunt Doctores, debet enim ista signatio aliquid operari." Salycetus[270] fügt der Einschränkung des Albericus und Baldus noch eine weitere hinzu: der Veräusserer muss bei der durch den Erwerber erfolgenden Zeichnung zugegen sein. Er sagt von der Ansicht des Baldus, nachdem er dieselbe rekapituliert hat: „Quod mihi placet, si in praesentia

---

[268]) Ad l. 14 § 1 D. d. P. e. C. Bl. 144.

[269]) Rubrica tit. C. d. P. e. C. 4, 48 Bl. 120 nr. 2. Vgl. auch Dietzel S. 272.

[270]) Ad l. 6 C. d. P. e. C. 4, 48 Bl. 212v. Vgl. über diese Stelle auch Kohler, Das Signieren als Besitzergreifungsakt S. 13 Anm. 26.

mea vel procuratoris mei tu fecisti, alias non. Arg. l. 47 D. d. R. V. et ita intellige l. 14 D. d. per. et comm. Et est ratio in promptu, quia traditio accipit significatum a dare debente et non a debente recipere. Item quod quando venditor non est praesens, potius emptor videtur signare gratia recognitionis et evitandae deceptionis quam alia causa." An einer andern Stelle [271]) legt Salycetus, wenigstens anscheinend, der dem Kaufe nachfolgenden Zeichnung die Wirkung der Tradition ganz allgemein bei: „Nota designationem haberi pro traditione per macellatores Bononienses, qui emunt vitulos, porcos et agnos et illos signant suo signo propter quod habentur pro receptis et traditis."

Zweifelhaft ist der Sinn der Aeusserung des Bartolus [272]): „Et in quibusdam casibus sigillare habet vim adeptionis possessionis, ut l. 14 D. de per. et comm., quod dic ut ibi. Fallit in uno casu ut l. 1 § 2 eod." Dass Bartolus hier an eine Signation in Vollziehung eines Veräusserungsgeschäfts denkt, beweisen die Allegate. Aber unsicher bleibt es, ob er die Traditionswirkung der Zeichnung als Regel oder als Ausnahme betrachtet hat. Für ersteres spricht der zweite, für letzteres der erste Satz seiner Aeusserung [273]).

Ohne die Voraussetzung eines voraufgegangenen Veräusserungsgeschäftes legen die Postglossatoren dem an einer Sache befindlichen Zeichen nur die Bedeutung bei, dass dasselbe eine durch Gegenbeweis

---

[271]) Ad l. 12 D. d. P. e. C. 18, 6 l. c.

[272]) Ad l. 34 D. sol. matr. 24, 3 nr. 27 S. 67, siehe auch Dietzel S. 272.

[273]) Dafür, dass das Zeichen bei den Postglossatoren auch den Sinn haben konnte, den Erwerber zu ermächtigen, selbst den Besitz zu ergreifen, habe ich keinerlei Anhalt gefunden. Die von Dietzel (a. a. O. S. 272) zitierte Stelle (Vinc. Caroccii decis. 134) bezieht sich auf die Investitur, gehört also nicht hierher.

entkräftbare Vermutung für das Eigentum des Zeicheninhabers begründe. In diesem Sinne äussert sich Baldus[274]): „Nota, ex signaculo res cognosci. Unde ballae mercatorum praesumuntur eorum, quorum sunt signacula," wozu Andreas Barbatia bemerkt: „Nota, quod eorum praesumuntur res, quorum sunt signacula." Dieselbe Ansicht vertritt Baldus in dem consilium 416 des dritten Bandes seiner Konsiliensammlung[275]). Handelswaren, die vorher den einzelnen Mitgliedern einer Societät gehört hatten, sind mit der Marke der Societät gezeichnet worden, es fragt sich, ob dieselben hierdurch gemeinschaftliches Eigentum sämtlicher Socien geworden sind. Baldus erklärt sich dahin: „Si autem est dubium, an dictum zafaranum fuit communicatum necne, videtur quod fuit communicatum, ex quo fuit appositum unum signale commune omnibus ballis, quia per appositionem signaculi videtur mutua possessio tradita, arg. D. d. per. et comm. l. 1 § 2. In contrarium videtur, . . . quia in dubio non videtur ita communicatio praesumi . . . Solum si socii asserebant se quilibet habere suas ballas, non praesumitur a principio communicatum, arg. D. pr. soc. l. 64. Si autem apparet commune signaculum et nil aliud dictum vel factum apparet in contrarium, praesumo factam communicationem, nam omnis contractus praesumitur purus, nisi probetur conditionalis. Ergo praesumitur contractus societatis celebratus super re et dominio praesenti . . . Praesumo igitur in dubio . . . mutua vice hincinde translatum esse dominium." Auch Petrus de Ubaldis[276]) denkt wohl nur an eine durch das Zeichen begründete Eigentumspräsumtion, wenn er sagt: „Quae signa ponuntur in ballis et sigillis, ut

---

[274]) Ad Auth. dos data zu l. 20 Pr. C. d. don. a. nupt. 5, 3 nr. 3 Bl. 155 v, vgl. über diese Stelle auch Dietzel S. 263.

[275]) Bl. 107.

[276]) Tractatus de duobus fratribus et aliis sociis (Lugd. 1550) P. 11 nr. 12 Bl. 130. Vgl. auch Dietzel S. 263.

signa demonstrant signata, id est: cuius societatis sint illae ballae signatae." Ebenso Jason[277]: „Accedit et aliud, quod super dicta navi aderant patenter erecta vexilla et insignia splendidae domus Medicaeorum communis Florentiae, sed regula est, quod signa et vexilla faciunt praesumi, quod res sit illius, cuius sunt insignia. Unde ballae mercatorum praesumuntur esse eorum, quorum sunt signacula." Johannes de Platea[278]: „Praesumtionem tamen facit, ut res praesumatur eius cuius est signum"; die Ansicht, dass durch das Zeichen das Eigentum bewiesen werde, verwirft er, weil sonst leicht Betrügereien vorkommen könnten, und weil die Aufsetzung des Zeichens aus mannigfachen Ursachen geschehe.

Eine weitergehende rechtliche Bedeutung scheint nun aber Lucas de Penna dem Zeichen beizulegen. In der bekannten Exegese der l. 3 C. d. fabr. 11, 9[279]) sagt er: „Et nota hic argumentum. Quod si quis agit pro bove vel equo mercato merco gregis sui, licet non probet dominium eius bovis vel equi suum esse, tamen sufficiat sibi probare, quod illo suo merco mercatus sic reperiatur. Eius enim res esse videtur, cuius signo signata est." „Et haec vera sunt, si probetur impositio merci. Haec etiam videntur esse vera quoad dominium et quoad possessionem etc." Dieser Ausführung werden eine Reihe von Allegaten beigefügt, die teilweise sehr seltsam sind. Es werden nicht nur mehrere Fragmente des corpus juris civilis und der kanonischen Rechtssammlungen, sowie eine dem

---

[277]) Cons. 170 vol. 2 nr. 15.

[278]) Ad l. 3 C. d. fabr. 11, 9 (super tribus libris Justiniani Codicis lectura exquisitissima s. l. e. a.).

[279]) L. c. Bl. 128. Gegen die Ansicht Dietzel's, der (S. 266 flg.) die Worte des Lucas de Penna auf einen Streit um das Zeichen bezieht, auch Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I Abtlg. 2 S. 647 Anm. 8.

longobardischen Rechte entnommene Bestimmung angeführt, sondern auch nicht weniger als vier Bibelstellen: Genesis 4, 15, Exodus 12, 13, Hesekiel 9, 4, Lukas 20, 24. Für die Feststellung der Ansicht des Lucas de Penna sind diese Allegate, abgesehen von dem der l. 14 § 1 D. d. P. e. C. und allenfalls dem der Geschichte vom Zinsgroschen, nicht zu verwerten. Aber diese Ansicht kann auch so kaum zweifelhaft sein. Ganz buchstäblich sind die Worte des Lucas de Penna unmöglich zu nehmen, denn dann hätte er geradezu den Diebstahl sanktioniert[280]. Der Sinn dieser Worte ist vielmehr allem Anscheine nach nur der folgende: Derjenige, der ein mit seinem Zeichen versehenes Stück Vieh vindiziert, braucht nicht sein Eigentum, sondern nur die Aufsetzung des Zeichens durch ihn nachzuweisen, da das an einer Sache befindliche Zeichen dafür spricht, dass dieselbe im Eigentume des Zeicheninhabers stehe. Wenn deshalb der Beklagte nichts erwidert, so siegt der Kläger auf Grund des Beweises der blossen „impositio merci" ob; wenn dagegen der Beklagte nachweist, dass der Kläger unrechtmässigerweise seine Marke aufgesetzt habe — und dass dem Beklagten dieser Nachweis benommen sei, sagt Lucas de Penna nicht — dann muss der Kläger sein Eigentum nachweisen oder Abweisung gewärtigen. Im Resultate weicht also die Meinung des Lucas de Penna von der des Baldus, Petrus, Platea und Jason kaum ab. Die weitergehende Fassung ist unzweifelhaft auf Einwirkungen des germanischen Rechts zurückzuführen, von dessen Ideen Lucas de Penna, wie schon seine besondere Stellung in der Behandlung der investitura abusiva beweist, in hohem

---

[280]) Vgl. die Additio zu Baldus ad l. 2 C. d. reb. al. n. al. Bl. 126: „Signum, quando ponitur in animali, si contradicit, facit praesumptionem, non probationem, alias de facili posset quis privare aliquem dominio rei suae."

Masse beeinflusst war. Eine eigentümliche Ironie des Schicksals, dass derjenige der Postglossatoren, der am geringschätzigsten über das deutsche Recht urteilte[281]), am meisten unter seinem Banne gestanden hat.

Dem Ausdrucke nach stimmt mit Lucas de Penna Matthaeus de Afflictis[282]) überein. Auch er denkt indessen schwerlich an etwas anderes als an eine durch das Zeichen begründete Eigentumsvermutung. Er sagt zwar: „Signaculum enim repraesentat suum significatum", und „per signaculum enim probatur dominum", allegiert aber ausser der l. 14 § 1 D. d. P. e. C., l. 3 C. d. fabr. und Lukas 20, 24 auch Baldus Auth. dos data C. d. don. a. nupt., der hier, wie erwähnt, nur von einer durch das Zeichen begründeten Eigentumspräsumtion spricht.

Das, was bereits im Eingange des Kapitels von der Lehre der Postglossatoren über das corpus acquirendi gesagt worden ist, wird man durch die vorstehende Darstellung bestätigt gefunden haben.

Ihre Auffassung des corpus acquirendi unterscheidet sich nicht von der der Glossatoren, auch sie sehen von dem eigentlichen corpus nur beim mittelbaren Erwerbe und auch hier nur in ganz bestimmten Fällen ab. Die Zahl dieser Fälle hat sich gegenüber der Glosse nur unbedeutend vermehrt, doch ist eine weitere Vermehrung durch den Satz ermöglicht, dass auch das Gewohnheitsrecht neue Fälle schaffen könne. Die stärkere Betonung des Fiktionscharakters, welche sich in der Bezeichnung der uneigentlichen Tradition als „traditio ficta" ausspricht, hat Abweichungen der Doktrin der Post-

---

[281]) Vgl. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts Bd. VI S. 205 und Note c.

[282]) Cons. 23 nr. 3 Bl. 27 v.

glossatoren von der der Glossatoren kaum zu Wege gebracht.

Sehr erheblich ist dagegen der Fortschritt in der praktischen Durchbildung der gewonnenen Prinzipien, überall haben die Postglossatoren die Konsequenzen, welche sich aus den von ihren Vorgängern aufgestellten Rechtssätzen ergaben, gezogen und dieselben den Bedürfnissen des praktischen Rechtslebens entsprechend begrenzt. Sie haben eine Fülle von Fragen, die für die praktische Handhabung der traditio ficta von Bedeutung waren, in den Kreis ihrer Erörterung gezogen und fast durchweg in praktisch zweckmässiger Weise gelöst. Sie haben so auch in unserer Materie die dürre Theorie der Glossatoren zu einem üppigen Felde der Kasuistik umgewandelt und dadurch auch hier der Aufnahme des römischen Rechts durch das praktische Leben sehr wesentlich den Weg gebahnt.

Vom reinen römischen Recht unterscheidet sich die Doktrin der Postglossatoren um vieles. Wenn man, wie dies gemeinhin geschieht, als das der römischen Besitzerwerbslehre zu Grunde liegende Prinzip die — stets originär erfolgende — Herstellung der faktischen Herrschaft nennt, so muss man sagen: an die Stelle dieses Prinzips ist ein anderes getreten, und es geht nicht zu weit, dieses andere Prinzip als das der Succession zu bezeichnen. Freilich wird dieses neue Prinzip nirgendwo ausdrücklich aufgestellt, es ist den Postglossatoren kaum zum Bewusstsein gekommen, aber es finden sich Sätze, die sich als Folgerungen des Successionsprinzips charakterisieren. Der eine ist das Axiom, dass auf Grund uneigentlicher Tradition Besitz nur dann erworben werden kann, wenn auch der Veräusserer Besitzer ist, ein Axiom, welches sich beim constitutum possessorium zu dem Verlangen steigert, dass der Erwerber den Besitz des Veräusserers behufs Substanziierung seiner Klage behaupten und beweisen muss. Hierzu kommt,

dass diese Forderung des Besitzes des Veräusserers bereits von einigen Postglossatoren [283]) durch die Regel gerechtfertigt wird: „Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet“, einen der Kardinalsätze der Successionslehre. Der zweite Satz ist die Aufstellung des Erfordernisses einer justa causa traditionis auch für den Besitzübergang durch uneigentliche Tradition. Durch diese beiden Sätze wird der Besitz auf Eine Stufe mit dem Eigentum gestellt. Von einer Durchbildung des Successionsprinzips ist freilich keine Rede. Wir haben zahlreiche Aussprüche kennen gelernt, in welchen die Auffassung des corpus acquirendi als der faktischen Herrschaft deutlich durchschimmert, und überall zeigt sich das Bestreben, vom corpus so viel als möglich zu retten. Aber dieses Bestreben hat beim constitutum possessorium doch nur zur Erfindung einer Formel geführt, durch welche das corpus wenigstens scheinbar erhalten wurde, und wie wir gesehen haben, ist von einem Teile der Postglossatoren auch diese Schranke beseitigt worden. Gerade in der Lehre vom Konstitut erkennen die Postglossatoren auch ausdrücklich mit naiver Offenheit an, dass sie das römische Corpus-Prinzip verlassen haben. Sie thun dies durch die ganz regelmässige Bezeichnung des constitutum als eines pactum oder eines contractus [284]), als eines accessorium des Veräusserungsvertrages, das, wie jeder Nebenvertrag, in seiner Existenz und Qualität von dem Hauptvertrage abhängig sei [285]). Sie räumen

---

[283]) Vgl. z. B. Marianus Socinus bei Kirchovius l. c. cons. 11 nr. 34 S. 177.

[284]) Siehe z. B. Bartolus cons. 65; Antonius de Butrio, Consilia seu responsa (Venet. 1575) cons. 34 nr. 1 S. 143, ad c. 9 d. rest. spol. 2, 13 nr. 13 Bl. 126v; Jason ad l. 58 D. d. pact. nr. 18 Bl. 185v.

[285]) Vgl. z. B. Paulus Castrensis cons. 10 nr. 1 Bl. 5v; Alexander de Nevo l. c. nr. 3 Bl. 88; Alexander Tartagnus cons. 81 lib. 3 nr. 15, 16 S. 142; Matthaeus de Afflictis cons. 40 nr. 17, cons. 231 nr. 3 Bl. 45v, 284; Philippus

damit ein, dass die Regel: „Traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur“ für sie nicht mehr massgebend ist.

Man wird zugeben, dass sich auf dieser das Fundament des heutigen römischen Rechts bildenden Grundlage die Lehre von der symbolischen Tradition, deren Anfänge sich, wie wir gesehen haben, bereits bei den Postglossatoren finden, mit Leichtigkeit aufbauen konnte, ja dass sie eine durchaus korrekte Weiterbildung der Doktrin der mittelalterlichen Juristen war.

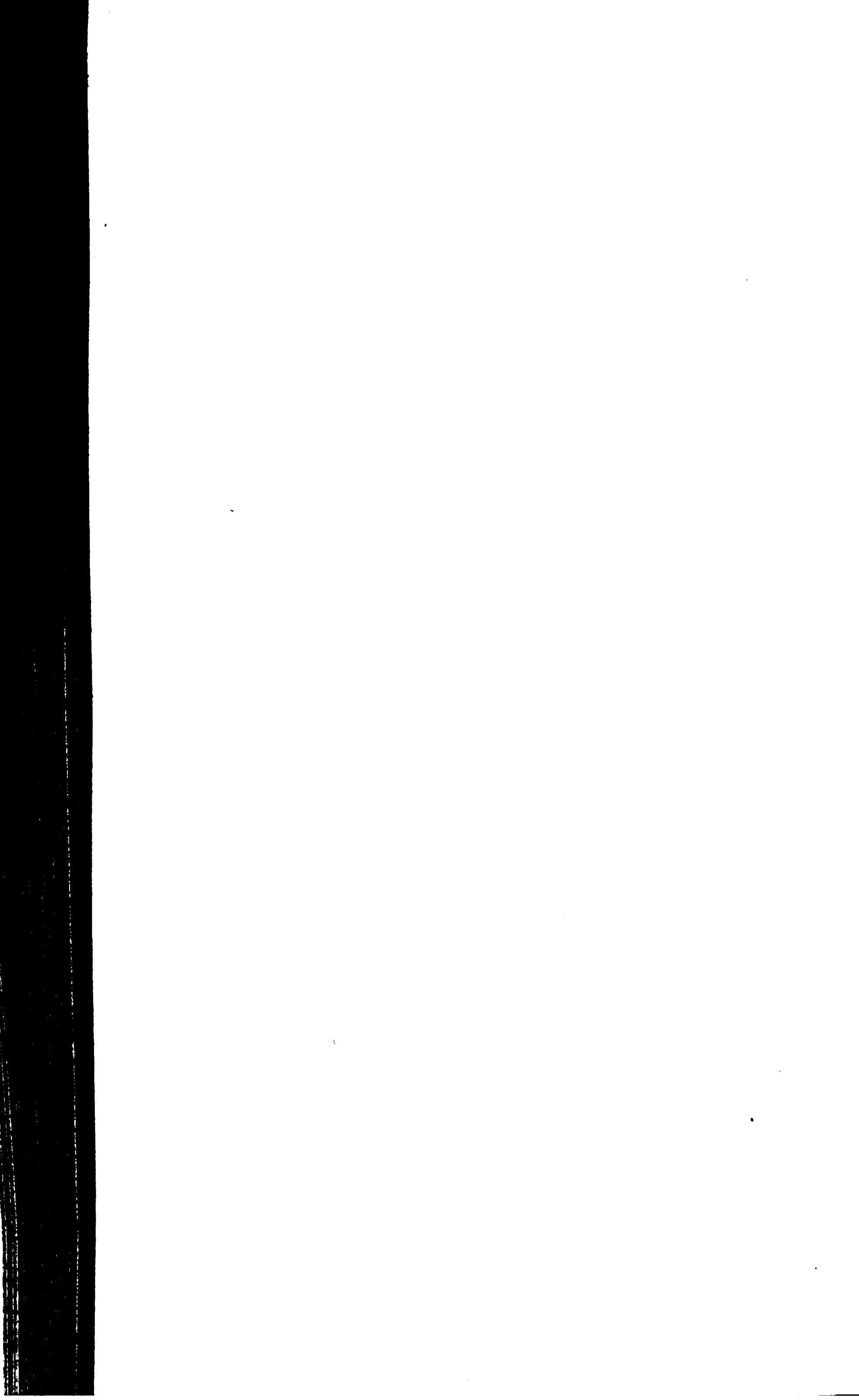
Die Frage, ob diese Doktrin „durch blosse Unkunde und Dumpfheit litterarisch schlechter Zeiten ohne alles wahrhaft praktische Bedürfnis hervorgebracht worden ist“, ist nach dem, was in der Einleitung gesagt worden ist [286]), eine müssige, aber schwerlich wird man sie bejahen, wenn man bedenkt, dass genau dasselbe Streben nach Beseitigung des corpus acquirendi, durch welches sich die Glossatoren und Postglossatoren leiten lassen, auch in dem Rechtsleben des früheren Mittelalters zu Tage getreten war, und dass die Praxis der Zeit an dieser Beseitigung festhielt.

Decius ad l. 23 d. R. I. nr. 24 S. 122; Bartholomaeus Socinus cons. 78 vol. III Bl. 70v; Jason cons. 147 nr. 3 vol. II S. 470, ad l. 1 § 4 D. h. t. nr. 16 Bl. 52; Ruinus cons. 137 nr. 3 tom. I Bl. 190, cons. 127 nr. 14, 18 tom. V Bl. 155 sq., cons. 69 nr. 15 tom. III Bl. 107v.

[286]) Siehe oben S. 00.

Buch II.

Von der Rezeption bis Savigny.



Es ist bereits hervorgehoben worden [1]), dass für die Darstellung des römischen Rechts seit der Rezeption zwar in erster Linie die Praxis in Betracht kommt, dass aber auch die Theorie eingehend zu berücksichtigen ist. Denn von der deutschen Praxis des 16. bis 18. Jahrhunderts wissen wir alles in allem nur wenig; verlangt man, um ein Gewohnheitsrecht anzunehmen, eine grosse Anzahl gleichlautender Entscheidungen, so wird man sicherlich nur sehr selten zur Konstatierung eines Gewohnheitsrechts gelangen. Aushilfe gewährt eben die Erforschung der Theorie. Ist diese eine im wesentlichen gleichförmige gewesen, war eine communis opinio vorhanden, so darf man kein Bedenken tragen, schon auf Grund einiger weniger Zeugnisse hiermit übereinstimmender Rechtsübung, ja vielleicht auf Grund eines einzigen ein Gewohnheitsrecht anzunehmen, vorausgesetzt nur, dass nicht auch Zeugnisse entgegenstehender Rechtsübung vorliegen. Im allgemeinen ist man freilich in der Annahme eines vom Recht des corpus juris abweichenden Gewohnheitsrechts weit zaghafter. Man wäre es vielleicht nicht, wenn man sich immer klar machte, dass die Leugnung eines solchen Gewohnheitsrechts durchaus noch nicht die Anerkennung des reinen römischen Rechts als geltendes Recht in sich schliesst. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das corpus juris civilis unser Gesetzbuch wäre, was heutzutage niemand mehr behauptet.

---

[1]) Oben S. 7, 8.

In der folgenden Darstellung wird freilich der Theorie ein weit grösserer Raum gewährt werden als der Praxis, einfach deswegen, weil wir von der ersteren weit mehr wissen als von der letzteren. Neben das als Gewohnheitsrecht geltende römische Recht stellt sich als drittes Gebiet der Untersuchung das römische Recht, welches durch Reformationen oder Kodifikationen jus scriptum geworden ist. Daraus ergeben sich die nachfolgenden drei Abteilungen; in der ersten ist die Theorie von der Rezeption bis Savigny zu behandeln, in der zweiten die Praxis, in der dritten die Gesetzgebung.

Abteilung I.

Die Theorie seit der Rezeption bis Savigny.

Die Darstellung der Theorie zerlegt sich in zwei Kapitel. Das eine hat zum Inhalt die Theorie der Renaissance, das andere die Theorie des usus modernus Pandectarum. Die Scheidung wird bewirkt durch das Auftreten Benedikt Carpzovs. Vor ihm entbehrt die deutsche Theorie jeglichen Lokalkolorits. Die deutschen Romanisten der Zeit nehmen keine selbständige Stellung in der romanistischen Jurisprudenz ein. Die Rückkehr zu den Quellen, welche diese Periode charakterisiert, führte ein Abwenden von dem wirklich geübten Recht herbei und dies wieder eine fast vollständige Uniformität der romanistischen Rechtswissenschaft der verschiedenen Länder. Das was in Deutschland über das römische Recht geschrieben wurde, hätte ebenso gut in Frankreich, Spanien oder Italien geschrieben werden können, und umgekehrt. Fremde und einheimische Autoritäten werden von den deutschen Romanisten ganz ununterschiedlich zitiert; diese haben auf die Ausländer, die Ausländer auf die Deutschen in lebhaftester Weise eingewirkt. Unter diesen Umständen ist eine Beschränkung der Darstellung auf die deutsche Theorie für die Zeit bis ins 17. Jahrhundert hinein unmöglich. Es ist die gesamte Theorie der Renaissance vor Augen zu führen.

Mit Carpzov beginnt eine nationale deutsche Rechtswissenschaft, die Theorie des usus modernus Pandectarum in foro Germanico. Für die Zeit von Carpzov bis Savigny bedarf es daher nur der Berücksichtigung der deutschen romanistischen Theorie, wobei dann auch der Einwirkungen der Naturrechtsschule zu gedenken sein wird.

Kapitel 1.

Die Theorie der Renaissance.

§ 1.

Die Grundlagen.

Die Theorie dieser Zeit steht bald in höherem, bald in geringerem Masse unter dem Banne des Humanismus [2]). Sie sagt sich los von der Autorität der Glosse und des Bartolus und Baldus, und kehrt zu den Quellen selber zurück. Dieses Verfahren führt naturgemäss zu einer grossen Zersplitterung der Ansichten. Denn die Aussprüche der römischen Juristen und Kaiser sind gar mannigfacher Deutung fähig, und die Tradition, welche einer Auslegung den Vorrang vor den übrigen verschafft, wurde perhorresziert. Von einer Fungibilität der juristischen Schriftsteller ist jetzt keine Rede mehr. Die Dogmengeschichte hat es am schwersten in dieser Periode. In vielen Materien ist auch, wie sich denken lässt, durch die Theorie der Renaissance ein Bruch in der Entwickelung des römischen Rechts herbeigeführt worden. In der unsrigen ist dies nicht geschehen. Die Erklärung liegt darin, dass auch die Postglossatoren hier ihre Resultate fast ausschliesslich durch blosse Interpretation des corpus juris civilis gewonnen haben. Ja

---

[2]) Vgl. hierüber Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. II S. 33 flg.

es zeigt sich ein geringes Fortschreiten in der am Schlusse des vorigen Buches angedeuteten Richtung. Nur Donellus und einige wenige andere machen eine Ausnahme, sie wenden der bisherigen Theorie den Rücken und stellen das Prinzip der potestas oder custodia als das die Lehre beherrschende auf.

Die Majorität der Renaissanceschriftsteller geht ebenso wie die Jurisprudenz des Mittelalters von einer streng körperlichen Auffassung des Besitzes aus. Allerdings wird die Ableitung des Wortes possessio von pes nur noch von wenigen [3]) vertreten, von den meisten dagegen im Anschluss an die Lesart der Florentina das Wort possessio für ein Produkt der Zusammenziehung der beiden Wörter sedes und ponere angesehen. „Possidet ergo, qui sedem posuit," sagt Alciat [4]), und ihm folgt die Mehrzahl der Späteren. Doch hat diese ver-

---

[3]) Nämlich von Melchior Kling, In quatuor Institutionum juris libros enarrationes (Franc. a. M. 1545) ad tit. 2, 6 d. usuc. e. l. temp. praescr. S. 48; Corasius, In Rubr. d. aq. poss. (Opera omnia. Opera et studio Valent. Guil. Forsteri. Viteb. 1603 tom. I S. 918); Zoanettus, De possessione interpretatio (Opera, quae exstant omnia. Marp. 1600) S. 118 nr. 13; Gomez, Ad leges Tauri commentarius absolutissimus (Lugd. 1701) in leg. 45 nr. 18 S. 242; Ludovicus Molina, De justicia et jure tom. I (Mog. 1614) tractat. II disp. 12 Sp. 71 nr. 2; Joh. Franc. a Ripa, Commentaria ad jus canonicum. Rubr. de causa poss. et propr. nr. 15 sq. S. 57; M. Antonius Peregrinus, Tractatus varii (Norimb. 1688). Super possessione et proprietate nr. 19 S. 113; vgl. auch Osw. Hilliger, Donellus enucleatus (Jenae 1610) p. I lib. V cap. VI Note a S. 265—266. Die Wahl zwischen beiden Ableitungen lassen Hieronymus de Oroz, De apicibus juris civilis libri quinque (Lugd. 1661) lib. IV cap. 1 S. 269; Treutler, Selectarum disputationum ad jus civile Justinianaeum quinquaginta libris Pandectarum comprehensum resolutionum absolutissimarum voluminis posterioris residuae disputationes XV. Auct. Helf. Ulr. Hunnio (Franc. 1620) disp. 21 thes. 1 res. 1 quaestio 1 S. 180; Andr. Gaill, Practicarum observationum lib. II (ed. postrema Col. Agr. 1592) observ. 152 nr. 9 S. 616.

[4]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 2 (Opera omnia in quatuor tomos

schiedene Etymologie naturgemäss keinen Einfluss auf die Begriffsbestimmung des corpus possessionis. Auch das sedere ist ja etwas rein Körperliches. So findet sich denn auch bei der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller der Renaissancezeit die Scheidung der traditio in eine traditio vera oder naturalis und in eine traditio ficta oder impropria je nach der Art der Apprehension. Wenn diese unmittelbar körperlich erfolgt, durch Ergreifen der beweglichen, durch Betreten der unbeweglichen Sache, also naturalis oder vera ist, dann ist auch die Tradition naturalis oder vera. Einige Autoren bezeichnen indessen nur diejenige traditio als vera, bei der nicht nur auf Seiten des Erwerbers, sondern auch auf Seiten des Tradenten unmittelbar körperliche Akte vorliegen, die also besteht in einer de manu in manum traditio resp. in einer inductio in possessionem, und es ist ihnen auch diejenige Tradition, die einer unmittelbar körperlichen Mitwirkung des Veräusserers entbehrt, nur ficta, imaginaria, quasi traditio [5]). Noch mehr schränken Gregorius Tolosanus [6]) und

---

legitime digesta. Franc. a. M. 1617 tom. I Sp. 1191), vgl. auch dispunctionum liber I cap. I (tom. IV Sp. 143).

[5]) Vgl. Obrecht, Disputatio de traditionibus, modo adquirendi dominii naturali et frequenti (Argent. 1600) nr. 42 sq., ferner disputatio de dominio ejusque modis acquirendi naturalibus. In inclyta Argentoratensium academia publici exercitii causa proposita a Paulo Graseckio (Arg. 1590) th. 326 sq.; Johannes Harpprecht ad §§ 44—45 I. d. R. D., operum tom. II (Tub. 1628) S. 237 sq.; Bocer (resp. Dan. Bernh. ab Eschaun), Disp. de adquisitione dominii per traditionem (Tub. 1599) th. 26 sq.; Reusner, Microtechne sive ars parva et quasi medulla jurisprudentiae Justinianeae (Francof. a. M. 1589) cap. 10 lib. 2 S. 44; Bartholomaeus a Chassenaeo, Consuetudines ducatus Burgundiae (Lugd. 1552) rubr. VII des successions § 1 verb. saisit Sp. 902 flg.; Antonius Dadinus Alteserra, De fictionibus juris tractatus tertius cap. IV S. 106.

[6]) Syntagma juris universi (Francof. a. M. 1591) pars III lib. 20 cap. 10 de adquisitione rerum per traditionem nr. 9 S. 9.

Goeddeus[7]) die traditio vera oder, wie Goeddeus sagt, propria ein, indem sie schon jede Tradition von Immobilien als „ficta", „impropria" bezeichnen. Dass die eigentliche Apprehension die ursprüngliche und auch die der Natur der Sache allein entsprechende ist, dass die unkörperliche Apprehension lediglich Gründen der Verkehrserleichterung ihre Entstehung verdankt, dass sie auf einer Fiktion beruht, das alles wird auch von der grossen Mehrheit der Juristen der Renaissancezeit angenommen[8]). Auch darin stimmen sie mit den Post-

[7]) Thesium sive disputationum juris pars III (Marp. 1596) disp. de adquirendo rerum dominio (resp. Davide Peifero Misnico) thes. 5.

[8]) Vgl. z. B. Alciatus ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 56 l. c. Sp. 1203, ad l. 20 C. d. pact. nr. 5 (operum tom. III Sp. 174); Petrus Gregorius Tolosanus l. c. nr. 9 S. 9; Fr. Hotomanus, Scholae in septuaginta titulos Digestorum et Codicis ad l. 1 C. d. don. (operum tom. II, Genev. 1599 S. 590); Duarenus ad l. 1 § 21 D. h. t. (opera Francof. 1592 S. 630); Corasius ad l. 1 D. h. t. l. c. S. 928; Julius a Beyma, Commentaria in varios titulos juris (Leov. 1645) ad l. 2 C. h. t. S. 412; Didacus Covarruvias, Variarum ex jure Pontificio, Regio et Caesareo resolutionum liber tertius cap. V nr. 6 sq. (opera omnia, tom. I Lugd. 1606 S. 340, 341), in regulam Possessor malae fidei, de regulis juris libri sexti admodum breves commentarii; secunda relectionis pars (operum tom. II S. 372); Vaconius a Vacuna, Novae declarationes juris civilis excogitatae (Romae 1556) lib. II decl. 69 Bl. 65, 65v; Molina l. c. disp. 12 tract. 2 nr. 3 Sp. 72; Gomez l. c. nr. 95 S. 286; Joh. Schneidewin, In quatuor Institutionum Imperialium D. Justiniani libros commentarii (Argent. 1626) ad §§ 40, 44, 45 d. rer. div. Sp. 435, 438, ad § 5 de interd. 4, 15 nr. 102, 109, 113 bis 114 Sp. 2426 sq.; Peregrinus Super possessione et proprietate nr. 9 S. 111, ad cap. 2 X. d. cons. nr. 4 S. 138; Graseckius l. c. th. 326; Harpprecht ad §§ 44—45 I. d. R. D. nr. 1 sq. S. 237 sq.; Bachovius ab Echt, In Institutionum Juris Justiniani libros quatuor commentarii theoretici et practici (Francof. 1628) ad §§ 44, 45 d. R. D. nr. 32 S. 310; Johannes Petrus Fontanella, De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus (Genev. 1659) tom. prior

glossatoren überein, dass sie von der Notwendigkeit eines streng körperlichen Erwerbes nur bei der Tradition, nicht bei der einseitigen Besitzergreifung absehen. Freilich mit Ausnahmen. So behauptet Zoanettus[9]: „Adipiscimur possessionem, quamvis rem nostro corpore non palpemus, alluvionis jure," obgleich er unmittelbar vorher sagt: „Rerum quas possidet nemo, possessionem inventione sola corporeisque tantum oculis procul dubio non capimus, naturaliter tum illas suscipere et rem mobilem ad alium quandoque nos deferre locum est necesse." Auch Peregrinus[10]) ist der Ansicht: „Alluvio rem adjicit et unit nedum respectu dominii, sed etiam respectu possessionis." Meier[11]) lässt einen Besitzerwerb vor sich gehen: 1. „si quis corpore rem contingat", was nicht nur geschieht durch Erfassen resp. Betreten, sondern auch „oculis et aspectu"; 2. wenn vorliegt „quidam quasi actus corporis", wofür er als Beispiele anführt: appositio custodis, traditio clavium, depositio in domum, traditio auctoritatis instrumentorum, scotatio, signatio, traditio brevi manu, „si colonus dominum prohibeat fundum ingredi, quo casu dominus vi dejicitur", den Fall, dass sich das Wild in der von mir berechtigterweise aufgestellten Schlinge so verfängt, dass es sich nicht wieder frei machen kann, oder dass Fische in die Reuse geraten oder mit der Angel gefangen werden und nicht wieder loszukommen vermögen. Frider Mindanus[12]) er-

---

glossa 27 S. 583, der sich die Entstehungsgeschichte der ficti modi traditionis in eigentümlicher Weise zurechtlegt.

[9]) L. c. verb. de acquirenda interpretatio S. 127.

[10]) L. c. nr. 93 S. 157.

[11]) Pandectarum universi juris civilis sive collegii juridici Argentoratensis tomi posterioris pars I (Argent. 1617), lib. 41, 2 nr. 13 S. 920. Das 41. Buch ist bearbeitet von Gottfr. Baudisius aus Liegnitz.

klärt: „Rerum vacantium possessio sine corporali et vera apprehensione non acquiritur", gleichwohl finden sich unter seinen zwanzig modi acquirendae possessionis verschiedene, welche nicht in einer eigentlichen Apprehension bestehen, sich aber auch auf den einseitigen Besitzerwerb beziehen. Der Spanier Oroz hat diese Aufzählung in seine apices juris civilis fast wörtlich übernommen [13]).

Weder mit den Postglossatoren noch auch untereinander stimmen dagegen die Theoretiker der Renaissance in der Frage nach den Arten der traditio ficta überein. Auf die Fälle der Postglossatoren beschränkt sich, soviel sich sehen lässt, keiner. Mindestens wird die Signation hinzugefügt. Bei den Postglossatoren hatte der scheinbare Widerspruch zwischen l. 1 § 2 und l. 15 (14) § 1 D. d. P. et C. das Zustandekommen einer communis opinio über die Bedeutung der Signation verhindert. Auch den Autoren des Reformationszeitalters macht die Feststellung, in welchem Verhältnisse die genannten beiden Stellen zu einander stehen, Schwierigkeiten. Einige beachten nur die l. 15 § 1 und ignorieren die l. 1 § 2 völlig. Sie stellen den Satz auf: „Quod signatura loco traditionis habeatur." So Molina [14]), Borcholten [15]), Gomez [16]), Peregrinus [17]) und Valentin Wilhelm Forster [18]). Rebuffi [19]) und

[12]) Commentarius synopticus de natura possessionis (Wetzl. 1731) cap. XI nr. 18 flg. S. 86 flg.

[13]) L. c. cap. 12 nr. 3 flg. S. 329 flg.

[14]) L. c. nr. 16 Sp. 80.

[15]) Commentaria in consuetudines feudorum (Helmst. 1591) cap. VII nr. 14 Bl. 111.

[16]) L. c. nr. 76 S. 272.

[17]) L. c. nr. 91 S. 157.

[18]) De dominio liber singularis (Witeb. 1620) cap. IX nr. 155 S. 297.

[19]) Commentaria in constitutiones seu ordinationes regias

Hauteserre[20]) machen hiervon nur für den Fall eine Ausnahme, dass das Veräusserungsobjekt Wein ist. Alciat[21]), Schneidewin[22]), Meier[23]) und Johannes Harpprecht[24]) ziehen die Grenzen der Ausnahme etwas weiter: Wenn das Veräusserungsobjekt so geartet ist, dass es leicht mit einem anderen vertauscht werden kann, dann geschieht die Zeichnung mit der Marke des Erwerbers im Zweifel nur zu dem Zwecke, dies zu verhindern, und nicht zum Zwecke der Uebereignung. Ein nicht übler Vereinigungsversuch findet sich bei Johannes Sichard[25]). Auch er ist der Ansicht: „In universum signatura operatur quasi traditionem et sic translationem dominii.“ Die l. 1 § 2 versteht er von einem Kaufe nach Mass, die Signation ist hier vor der Zumessung erfolgt. Alle diese Schriftsteller legen also das Schwergewicht auf l. 15 § 1 cit. Zasius[26]) unterscheidet: Wenn „res solidae corporeae“ veräussert sind, dann genügt zur Uebereignung die appositio sigillorum, weil hierdurch der Erwerber in den Stand gesetzt wird, die Sache „quando velit“ fortzuschaffen, die Signation von

---

(Lugd. 1613) tom. III. Tractatus de materiis possessoriis. Praefatio nr. 115 S. 708.

[20]) De fictionibus juris tractatus tertius cap. IV S. 106.

[21]) Ad l. 20 C. d. pact., operum tom. III Sp. 175.

[22]) Ad § 45 I. d. R. D. Sp. 438 und ad § 4 I. d. interdict. 4, 15 nr. 53 Sp. 2364, vgl. auch ad § 5 eod. nr. 120 Sp. 2435.

[23]) Ad lib. 41, 1 nr. 54 S. 893.

[24]) Ad §§ 44, 45 I. d. R. D. nr. 6 l. c. S. 238.

[25]) Dictata et praelectiones in Codicem Justinianeum (Franc. a. M. 1598) ad tit. d. P. e. C. R. V. 4, 48. Rubr. S. 466.

[26]) Ad l. 3 Pr. D. h. t. (Operum omnium tomus tertius, commentaria seu lecturas ejusdem in titulos tertiae Pandectarum partis, quod vulgo digestum novum vocant, complectens, Franc. a. M. 1590 S. 96). Auch von Zasius behauptet Savigny (Recht des Besitzes § 14 Anm. 5 S. 208), er habe den Besitzerwerb durch traditio ficta nur als Folge des Eigentumserwerbes betrachtet; ich habe keinen Ausspruch des Zasius entdecken können, der eine solche Auffassung erkennen liesse.

„res corporeae fluidae“ dagegen „tantummodo vasa reddit secura, ne aliquid infundatur“. Der l. 1 § 2 geben dagegen Benvenuto Straccha[27]), Stephanus Gratianus[28]) und Mascardi[29]) den Vorzug, welche sich der oben[30]) dargestellten Ansicht des Salycetus anschliessen, ebenso Cujacius[31]), der annimmt, dass in l. 15 § 1 der Zeichnung der Balken nur deswegen Traditionswirkung beigelegt werde, weil ein anderer Zweck der Signation hier nicht denkbar sei.

Ausser der Signation werden als Arten der uneigentlichen Tradition, abgesehen von den sich schon bei den Postglossatoren findenden Fällen, noch folgende Tatbestände aufgeführt:

a) Von Alciatus[32]), Cujacius[33]), Gregorius Tolosanus[34]) und Vigelius[35]): die Einbringung in das Haus des Erwerbers (l. 9 § 3 D. d. jur. dot. 23, 3, l. 18 § 2 D. h. t.).

b) Von Hotman[36]) und Cujacius[37]): die mit

---

[27]) De mercatura seu mercatore tractatus (Venet. 1553) P. II nr. 90 Bl. 51 v. Vgl. auch Dietzel a. a. O. S. 283 flg.

[28]) Disceptationes forenses (Col. Allobr. 1615) vol. III cap. 500 S. 250 flg. nr. 5 flg.

[29]) Conclusiones probationum (Franc. 1661) vol. I concl. 160 S. 312, vol. III concl. 1053 S. 140.

[30]) S. 138 flg.

[31]) Ad l. 74 D. d. C. E. (lib. I defin. Papin., operum omnium tom. IV Lugd. 1614 Sp. 1276). Cujacius erhebt sich in unserer Materie kaum über seine Zeitgenossen und steht hinter Donellus weit zurück.

[32]) An dem in Anm. 21 angegebenen Orte.

[33]) Commentarius in tit. C. d. don., operum tom. III Sp. 1213

[34]) L. c. lib. 20 cap. 10 d. acquis. rerum per traditionem nr. 9 S. 9.

[35]) Methodus universi juris civilis absolutissimus (Basil. 1576) P. III lib. 7 cap. 15 Sp. 721.

[36]) Scholae ad l. 1 C. d. don. Sp. 590.

[37]) An dem in Anm. 31 angegebenen Orte, und observationum lib. 19 cap. 18 ad l. 28 C. d. don., operum tom. IV Sp. 1845.

Zustimmung des bisherigen Eigentümers im Steuerbuche erfolgte Umschreibung eines Vermögensstücks auf den Namen des Erwerbers (l. 7 C. d. don.).

c) Von Alciatus[32]) und Zasius[38]): die den Entführer einer Nonne oder Diakonissin zu Gunsten des Klosters oder der Kirche treffende Vermögenskonfiskation.

d) Von Zasius[38]), Schneidewin[39]) und Rebuffi[40]): der Vermögensübergang, der sich mit der Adoption, der Arrogation oder dem Eintritt ins Kloster vollzieht, von Zasius auch der, welcher vor sich geht, wenn sich ein Freier in die Hörigkeit eines Mächtigen begibt. Zasius, Schneidewin und Rebuffi sprechen hier nicht gerade von einer traditio ficta, aber sie nennen diese Fälle zusammen mit der Schlüssel- und der Instrumentsübergabe, dem constitutum possessorium und den anderen bei den Postglossatoren als traditio ficta behandelten Tatbeständen. Peregrinus[41]) dagegen unterscheidet zwischen den Arten der traditio ficta und solchen Fällen, in denen „possessio transit absque traditionis actu". Zu den letzteren rechnet er auch die in Rede stehenden Vermögensübertragungen.

e) Von Giphanius[42]), Gothofredus[43]), Meier[44]) und Philippus Matthaeus[45]): die degustatio des Weines.

f) Von Gregorius Tolosanus[46]): die Bestellung

---

[38]) Ad l. 3 Pr. D. h. t. l. c. S. 97.

[39]) Ad § 5 I. d. interd. 4, 15 nr. 121 l. c. Sp. 2435.

[40]) L. c. nr. 113 S. 708.

[41]) L. c. nr. 32—35 S. 144.

[42]) Lecturae Altorfinae in titulos Digestorum et Codicis (Francof. 1605) ad tit. D. d. aq. v. am. poss. ad l. 1 § 21 S. 407.

[43]) Note c zu Schneidewin's Kommentar zum § 5 I. d. interd. nr. 120 l. c. Sp. 2435.

[44]) Ad tit. 41, 1 nr. 54 l. c. S. 893.

[45]) In extremum Pandectarum titulum, qui est de diversis regulis juris antiqui commentarius (Marp. 1615) ad l. 11 S. 85.

[46]) L. c. S. 9 nr. 9.

der dos durch einen extraneus in Form einer Acceptilation, wenn der Geber damit der Frau ein Geschenk machen will (l. 43 § 1 D. d. jur. dot. 23, 3[47]), sowie die „verbalis restitutio" des Fideikommisses an den Fideikommissar (l. 65 [63] Pr. D. ad S. C. Treb. 36,1).

g) Von Peregrinus[48]) auf Grund der l. 2 C. d. dot. caut. et non num. 5, 15 folgender Fall: „Si maritus volens donare uxori, confiteatur se ab ea recepisse 500 in causam dotis, quae sibi soluto matrimonio restituere promittat, ex titulo isto dotis cum confessione de recepto resultat ficta traditio de illis 500 a marito in uxorem et ab ea retrodatis marito in causam dotis: dos namque praesupponit traditionem ab uxore marito, quae quidem traditio non potest intercedere, nisi praesupponamus maritum prius tradidisse illa 500."

h) Der investitura abusiva wird auch von der überwiegenden Mehrheit der Juristen der Renaissancezeit ohne Unterschied der Nationalität die Traditionswirkung abgesprochen. Abgesehen vom Falle eines besonderen Gewohnheitsrechts und demjenigen der praesentia des zu vergebenden Objekts wird der Investitur keine andere Bedeutung zugestanden, als die der Erteilung der potestas possessionem propria autoritate apprehendendi. Zasius[49]) macht eine Ausnahme für die Belehnung durch den Princeps, wo Besitzübergang „sine aliqua apprehensione" erfolgt, „quia Princeps est lex animata in terris". Peregrinus[50]) schliesst sich dem an, vorausgesetzt, dass „ex verbis appareat de voluntate trans-

---

[47]) „. . . nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum etc."

[48]) L. c. nr. 96 S. 157.

[49]) Ad l. 3 Pr. D. h. t. l. c. S. 97. Vgl. auch in usus feudorum epitome. Qualiter feuda constituantur et quid juris vasallus ex eis consequatur nr. 5 sq. (operum tom. IV).

[50]) L. c. nr. 62 S. 150.

ferendi dominium vel etiam possessionem". Die herrschende Meinung leugnete indessen auch bei der durch den Regenten erfolgten investitura abusiva die Traditionswirkung[51]). Peregrinus[52]) nimmt ferner die investitura beneficialium aus, die auch bei entfernt liegendem beneficium die Wirkung der Kollation hat, dem Investirten auch „sine aliqua installatione seu inductione in possessionem" die „jurisdictionalia praelaturae" gewährt und einer späteren mit körperlicher Tradition verbundenen Kollation vorgeht. Einige knüpfen an die investitura abusiva zwar nicht die Wirkung der Besitz-, wohl aber der Eigentumsübertragung, es sind dies Duarenus[53]), Valentin Wilhelm Forster[54]), Niell[55]), Finckelthaus[56]) und Petrus Gudelinus[57]). Ihre Beweisführung bewegt sich auf rein romanistischem Boden, Gudelinus bezieht sich auf die alte Manzipation. Cludius[58]) lässt durch die investitura abusiva auch den Besitz übergehen, aber nur dann, wenn die Kontra-

---

[51]) Vgl. Ernst Cothmann, Responsorum juris seu consiliorum ac consultationum volumen IV (Franc. 1662) resp. 15 S. 167; Gothofredus Antonius, Jus feudale (Hal. 1726) disp. feud. V thes. 2 S. 125 Note b, disp. feud. VII thes. 10 S. 204—205 Note a; Henricus a Rosenthal, Tractatus et synopsis totius juris feudalis (Franc. a. M. 1662) cap. VI concl. 10 S. 139.

[52]) L. c. nr. 50, 57, 58 S. 148, 149.

[53]) Commentarii in consuetudines feudorum cap. VII nr. 6 flg., operum S. 1127.

[54]) L. c. cap. IX nr. 147 flg., S. 296 flg.

[55]) Controversiae juris feudalis disputationibus XI enucleatae (Marp. 1616) disput. IV (resp. Joh. Beckman Bilfeldiensi) thes. 3 und Note g S. 57 flg.

[56]) Feudales controversiae illustres (Helmst. 1655) disp. VII (resp. Paschasio Trusteden Gardelegiense) th. 3, 8 S. 237, 242.

[57]) De jure feudorum commentarii ad mores Belgii et Franciae conscripti (opera omnia Antverp. 1685) p. II cap. 5 S. 497, cap. 9 S. 504.

[58]) Res quotidianae (Lips. 1620) cap. 3 S. 103 flg. 111.

henten eine dahin gehende Absicht ausdrücklich erklären. Sichard[59]) streicht auch diese Beschränkung und stellt den Satz auf: „In feudis investitura est pro traditione et quod alibi operatur traditio rei, hoc operatur in feudis investitura.“ Dasselbe scheint Dionysius Gothofredus[60]) zu meinen, denn er nennt die investitura eine quasi traditio und mit der Schlüssel- und der Instrumentsübergabe, der Veräusserung unter Niessbrauchsvorbehalt etc. in einem Athem.

Gelegentlich wird auch die Uebertragung des Besitzes unkörperlicher Sachen, der quasi possessio, als eine traditio ficta bezeichnet[61]).

Während so auf der einen Seite zu den alten Arten der traditio ficta mehrere neue hinzugekommen sind, wird auf der anderen von einigen, wie von Balduinus[62]) und Peter Heige[63]), die traditio brevi manu aus diesem Begriffe wieder herausgenommen und zur traditio vera gemacht. Die traditio per aspectum ferner erscheint bei Alciat[64]) nicht als ein actus fictus, sondern als ein „actus naturalis interpretatione juris suffultus“.

Die Ansicht der Postglossatoren, dass eine traditio ficta durch einen Bevollmächtigten unzulässig sei[65]), hat sich trotz des Widerspruchs Alciats[66]) erhalten[67]). Die Gründe sind dieselben wie bei den Postglossa-

---

[59]) Ad l. 15 C. d. R. V. nr. 10 l. c. S. 202.

[60]) Note 70 zu l. 74 D. d. C. E.

[61]) Vgl. z. B. Matthaeus Wesenbeck, Commentarius in Institutionum juris libros IV (Viteb. 1595). Isagoge zu liber II nr. 28 Sp. 88.

[62]) In libros quatuor Institutionum juris civilis commentarii (Franc. a. M. 1582) ad § 45 d. R. D. S. 183.

[63]) Commentarii super IV Institutionum libros (Viteb. 1603) ad §§ 44, 45 I. d. R. D. S. 139.

[64]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 60.

[65]) Vgl. oben S. 77.

[66]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 60, 61 Sp. 1203 flg.

[67]) Vgl. Zasius ad l. 1 § 21 D. h. t. l. c. S. 92 flg., Ripa,

toren. Auch die für den Fall der Immission wegen verweigerter cautio damni infecti gemachte Ausnahme[68]) ist bestehen geblieben[69]). Gomez[70]) geht sogar noch weiter als die Postglossatoren, indem er nicht einmal die Vornahme der uneigentlichen Tradition durch einen Spezialbevollmächtigten gestatten will. Auf einem besonderen Standpunkte steht Peter Gilken[71]). Die traditio ficta per praesentiam, per clavium traditionem, per custodis appositionem kann nach ihm auch durch einen Vertreter vorgenommen werden, dagegen nicht das constitutum possessorium, die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs und die Uebereignung durch Uebergabe des Instruments.

Die Postglossatoren hatten ferner angenommen, dass auch zur Uebertragung des Besitzes durch traditio ficta eine justa causa erforderlich sei. Für das constitutum possessorium wird auch jetzt noch allgemein ein rechtsgültiger Titel gefordert[72]). Für alle Arten der traditio ficta wird die Ansicht der Postglossatoren vertheidigt von Alciat[73]), Zasius[74]), Peregrinus[75]), Nevizanus[76]), Andreas Fachineus[77]), Gratian[78]),

---

In primam et secundam D. novi partem, secundam Digesti veteris, primam et secundam Codicis commentaria (Venet. 1575) ad l. 1 D. h. t. nr. 66 sq., Bl. 13 v; Rebuffi l. c. nr. 38 sq. S. 704.

[68]) Siehe oben S. 93.

[69]) Vgl. Ripa ad l. 1 D. h. t. nr. 59 sq., Bl. 13, 13 v; Molina disp. 13 nr. 5 Sp. 77.

[70]) L. c. nr. 53 S. 262.

[71]) Tractatus de usucapionibus et diversi temporis praescriptionibus (Franc. 1602) p. II membr. III cap. 6 nr. 7—50 S. 438—448.

[72]) Siehe unten.

[73]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 7 l. c. Sp. 1246, nr. 20 Sp. 1250.

[74]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. l. c. S. 149 flg.

[75]) Ad cap. ex litteris d. cons. nr. 6 S. 138, nr. 71 S. 152.

[76]) Consilia sive responsa (Venet. 1573) cons. 81 nr. 12 S. 282.

im Codex Fabrianus[79]), von Fontanella[80]) und in sehr weitschweifiger Weise von Tiraquellus[81]); ausser für das Konstitut nur für die clavium traditio von Rebuffi[82]), Mascardus[83]), Ripa[84]), Frider Mindanus[85]), Oroz[86]) und Zoesius[87]). Sehr ausführlich verbreitet sich Gomez[88]) über unsere Frage. Er gelangt zu dem Resultate, dass es darauf ankomme, ob der der traditio ficta zu Grunde liegende nichtige Vertrag eine „spes convalescentiae" habe oder nicht. Im ersteren Falle — als Beispiel führt Gomez die Schenkung unter Ehegatten an — habe die traditio ficta dieselbe Rechtswirkung wie die traditio vera, im zweiten z. B. bei der Veräusserung von Mündelgut ohne die vorgeschriebenen Solennitäten, sei sie wirkungslos. Auch die Ansicht Gilkens[89]) ist eigentümlich. Er unterscheidet, ob die causa deswegen ungültig ist, weil ihr ein Verbotsgesetz entgegensteht oder weil bezüglich ihrer ein Missverständnis oder ein Irrtum unter den Parteien obwaltet. Im ersteren Falle kommt es darauf an, ob das Verbot

---

[77]) Controversiarum juris libri tredecim (Col. Agr. 1649) lib. 13 cap. 79 S. 1056.

[78]) L. c. cap. 317 nr. 1 sq., S. 404 flg., cap. 483 nr. 1 sq. S. 206.

[79]) Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum (Col. Allobr. 1628) ad lib. VII, 7 def. 13 Note 11 S. 810.

[80]) L. c. S. 583.

[81]) L. c. p. III lim. 6, 7 S. 139 flg.

[82]) L. c. S. 705.

[83]) Concl. 298 S. 479.

[84]) Ad l. 1 D. h. t. nr. 58 l. c. S. 13.

[85]) Cap. IX nr. 25 S. 88.

[86]) Cap. XII nr. 8 S. 330.

[87]) Commentarius in Codicem Justinianeum (Col. Agr. 1737) ad tit. 7, 32 Amotatio f. S. 623.

[88]) L. c. ad l. 45 nr. 21 sq. S. 245 flg., vgl. auch ad l. 17 nr. 15 S. 108.

[89]) L. c. cap. VII nr. 49 sq. S. 468—470.

nur den Kontrakt oder auch die Besitzübertragung trifft. Lässt sich hierüber nichts ermitteln, so ist eine traditio ficta wirkungslos, während durch traditio vera Besitz übergeht. Herrscht Missverständnis unter den Parteien, so ist entscheidend, ob sich dasselbe nur auf den Kontrakt oder auch auf die Tradition bezieht. Hier geht niemals der Besitz über, dort nur, wenn traditio vera vorliegt.

Dass die im corpus juris civilis behandelten Fälle des Besitzerwerbes ohne eigentliche Apprehension nicht einen Besitzerwerb solo animo darstellen, wird auch in dieser Periode angenommen. Nur Zasius[90]) und der Spanier Fernando Vasquez[91]) sind anderer Ansicht. Letzterer nimmt auch insofern eine Sonderstellung ein, als er den Begriff der apprehensio ficta leugnet und auch die apprehensio solo animo für eine apprehensio vera erklärt. Zur Begründung sagt er: „Cum modus dominii acquirendi sine traditione, sine titulo, sine animo etiam aut notitia acquirentis in speciebus supra memoratis non appellatur fictus, sed verus intelligatur, non quidem video, cur non idem respondendum in possessione acquirenda cum utrobique par ratio sit, et cum in retinenda possessione animus solus sufficiat et non solum ipsa possessio sic retenta vera intelligatur, sed etiam modus retinendi verus esse dicatur, cur non idem possemus dicere, si id lex vellet etiam in possessionis acquisitione." Fast alle Theoretiker der Zeit sind aber zugleich der Meinung, dass durch Gewohnheitsrecht oder Statut ein Besitzerwerb solo animo eingeführt werden könne. Geleugnet wird dies vor allem von Giphanius[92]), dem ein Besitzerwerb solo animo etwas dem

[90]) Ad l. 3 Pr. D. h. t. l. c. S. 96 flg. Gegen ihn vor allem Giphanius, Lecturae Altorfinae ad l. 3 § 1 D. h. t. S. 412.

[91]) Tractatus de successionum resolutione (Franc. a. M. 1577) liber III l. si quando nr. 39 sq. Bl. 98 v flg.

[92]) Lecturae Altorfinae ad l. 3 § 1 D. h. t. S. 413.

Begriffe des Besitzes Widerstreitendes, eine „implicatio contradictionis“ ist. Ebenso von Meier[93]), „quia lex rerum naturam evertere non potest.“ Doch erkennt er als „vulgo receptum“ an, dass durch Statut die Vererbung des Besitzes eingeführt werden könne, fügt aber hinzu: „Extra istum casum, si admittatur temere, immanem rerum confusionem inde nasci necesse est.“ Auch Cothmann[94]) bestreitet die Gültigkeit eines einen Besitzerwerb solo animo sanktionierenden Gesetzes. In der Frage nach der Wirkung der schriftlichen Traditionserklärung zeigt sich ebenfulls keine Abweichung von den Postglossatoren. Eine derartige Erklärung, die nicht in unmittelbarer Nähe des Veräusserungsobjekts erfolgt, erteilt dem Erwerber nur das Recht, „propria autoritate“ den Besitz zu ergreifen, überträgt aber nicht schon selber den Besitz[95]). Wer deshalb ein Instrument mit einer auf ihn lautenden Traditionserklärung produziert, beweist damit wenigstens dritten gegenüber[96]) seinen Besitz nicht, es sei denn, dass dasselbe vor unvordenklicher Zeit ausgestellt worden[97]) oder dass der Beweis im possessorium summariissimum zu führen ist[98]).

---

[93]) Ad lib. 41, 2 nr. 12 S. 920.

[94]) Vol. IV resp. 15 S. 167.

[95]) Zweifel erregen Bocer, Disputationum de universo quo utimur jure methodo eleganti conscriptarum P. II (Argent. 1634) class. V disp. 7 S. 49 nr. 37 und Grasecke (l. c. nr. 329), die das in der l. 1 C. d. don. erwähnte Instrument beschreiben als ein solches, „quo domini voluntas testata est,“ also offenbar für die Veräusserungs-, nicht für die Erwerbsurkunde des Veräusserers ansehen.

[96]) Vgl. Gomez l. c. nr. 86 S. 278.

[97]) Vgl. Cravetta, Responsorum pars III cons. 425 nr. 74, 82 S. 292, cons. 455 nr. 15 S. 381; Johannes Baptista Pontanus, De spolio tractatus (Franc. et Lips. 1686) lib. II cap. 14 nr. 13 S. 161; Ludolph Schrader, Consiliorum sive responsorum juris volumen secundum (Jenae 1609) cons. 48 nr. 12, 13 S. 709; Cothmann l. c. vol. I resp. 20 S. 187, vol. III

Ihren Rechtswirkungen nach wird die traditio ficta auch von den Juristen der Renaissancezeit der traditio vera durchaus gleichgestellt. Vor allem ist der Besitz, der übergeht, nicht ein bloss fingierter, sondern ein wirklicher. Doch sind Vaconius a Vacuna[99]) und Romulejus[100]) entgegengesetzter Ansicht, wobei letzterer indessen zugibt, dass „possessio ficta in casu ficto" dasselbe ausrichtet, wie „possessio vera in casu vero". Auch Tiraquellus[101]) erklärt sich ausser Stande, der herrschenden Meinung beizutreten. „Mihi vero (ut verum fatear) vix prohabile est, ut ex ficto actu traditionis possessionis vera ac propria possessio transferatur. Nam quomodo quod fictum est, operari et producere potest verum et proprium effectum? quod item fictum est, dare rem non fictam?" Doch erhebt er keinen Anspruch auf Beachtung: „Tamen alia opinio communior est et eam sequi solemus." Zasius[102]) erkennt die Verität des durch uneigentliche Tradition übertragenen Besitzes ebenfalls nur widerwillig an. Aurelius Galvanus[103]) lässt nur eine possessio interpretativa entstehen. Er kennt nämlich eine possessio vera und eine possessio interpretativa. Bei der ersteren „omnia vere ac naturaliter concurrunt", in diesen „omnia" sind enthalten: „corpus possidens, animus intellegens et volens posses-

---

resp. 38 S. 309, vol. IV resp. 32 S. 227; Mascardus l. c. concl. 1191 S. 498.

[98]) Vgl. Siegism. Finckelthaus, Observationes practicae (Lips. 1636) obs. 107 S. 1338; Cothmann vol. I resp. 20 S. 187.

[99]) Novae declarationes juris civilis (Rom. 1556) lib. II decl. 69 Bl. 65 v.

[100]) Compendium seu tractatus constituti possessorii (Dil. 1567) nr. 37.

[101]) L. c. p. II ampl. 2 a. E. S. 118.

[102]) Vgl. ad l. 1 § 21 D. h. t. l. c. S. 92.

[103]) De usufructu dissertationes variae (Genev. 1676) cap. 33 nr. 13 S. 511 flg.

sionem corpusque possessum." „Possessio interpretativa" liegt dagegen vor: „ubi aut omnia aut quaedam eorum naturaliter deficiunt, juris autem praesumptione concurrunt." Dass die traditio ficta auch insofern der vera gleichsteht, als der Vasall oder Emphyteuta, der ohne Konsens des Herrn mittels traditio ficta das Grundstück veräussert, dasselbe ebenso zur Strafe verliert, als wenn er eine körperliche Tradition vorgenommen hätte, ist auch jetzt herrschende Meinung. Bekämpft wird sie von Ludolph Schrader[104]. Julius Clarus[105] erachtet zwar die herrschende Ansicht für die rechtlich begründetere, will aber doch die entgegengesetzte, als die der Billigkeit mehr entsprechende, von den Gerichten befolgt wissen.

Die Darstellung der einzelnen Arten der traditio ficta erscheint für diese Periode entbehrlich. Es zeigt sich im allgemeinen kein Fortschritt gegenüber den Postglossatoren. Nur die Lehre vom constitutum possessorium weist einige Veränderungen auf und ist deshalb auch für diese Periode eingehender zu behandeln. Einer genaueren Erörterung bedarf ferner die jetzt zur Ausbildung gelangende Theorie von der symbolischen Tradition, als deren Gegenstück die Potestas-Theorie Donells und einiger Nachfolger erscheint.

---

[104]) Tractatus feudalis. Tom. I (Francof. 1594) pars 9 cap. 1 nr. 32 sq. S. 292 flg.

[105]) Opera omnia sive practica civilis et criminalis. Tom. prior (Genev. 1739). Ex libro quarto sententiarum receptarum § emphyteusis quaestio 13 nr. 4 S. 203, § feudum quaestio 31 nr. 4 S. 264.

§ 2.

Die symbolische Tradition.

Wir haben gesehen, dass die Postglossatoren, mutmasslich beeinflusst durch Ideen der scholastischen Philosophie, zur Erklärung einiger Fälle der traditio ficta, in welchen sich die Uebereignung durch Uebergabe eines von dem Veräusserungsobjekte verschiedenen Gegenstandes vollzieht, das Moment der Repräsentation verwendet hatten. Dasselbe geschieht durch die Schriftsteller der Renaissancezeit. So meint Gomez[106]), dass der Akt der Uebergabe der Schlüssel oder eines anderen Gegenstandes, „sub cuius custodia — res sunt“, die Tradition dieser Sachen selber repräsentiere. Bei der Instrumentaltradition erachtet er die Gegenwart des Veräusserungsobjekts deswegen nicht für erforderlich, „cum quasi praesentia instrumenti traditi repraesentet ipsam rem contentam in eo“ [107]). Harpprecht[108]) nennt die traditio ficta geradezu eine traditio repraesentata oder repraesentalis. Es kommt jetzt aber auch der Ausdruck „symbolum“ vor. Alciat[109]) spricht der Investitur durch Uebergabe eines Ringes, Schwertes, Hutes die dingliche Wirkung ab, „quia id symbolum personalis potius juris sit“. Gothofredus[110]), Cludius[111]), Bitsch[112]) und Treutler[113]) nennen die Schlüssel ein

---

[106]) L. c. nr. 47 S. 260.

[107]) Das. nr. 58 S. 264.

[108]) Ad §§ 40—43, 44—45 I. d. R. D. l. c. S. 229, 237.

[109]) Ad l. 20 C. d. pact. nr. 5 sq. l. c. Sp. 174.

[110]) Note 71 zu l. 74 D. d. C. E. („Symboli namque traditione res symbolo significata tradita intelligitur.“)

[111]) L. c. nr. 47 S. 96.

[112]) Commentarius in consuetudines feudorum (Argentor. 1673) lib. II tit. 2 Pr. S. 223.

Symbol des Veräusserungsgegenstandes. Ebenso Hauteserre[114]), der dabei auf den römischen Brauch hinweist, der Neuvermählten die Schlüssel des Hauses zu übergeben, im Falle der Scheidung aber sie ihr wieder abzunehmen[115]). Connanus[116]) bezeichnet die uneigentliche Tradition als eine „traditionis simulacrum". Menochius[117]) und Tilemann[118]) sprechen von den Instrumenten und den Schlüsseln, Treutler[119]) nur von den Schlüsseln, Bachoff von Echt[120]) nur von den Instrumenten als von „signa" der Veräusserungsobjekte. Bei Peregrinus[121]) dagegen sind das signum nicht die Schlüssel, sondern ihre Uebergabe, das Gekennzeichnete nicht das Veräusserungsobjekt, sondern dessen Uebergabe.

Andere gehen weiter. Sie verwenden den Begriff des Symbols nicht bloss zur Beschreibung oder Erklärung einzelner Arten der traditio ficta, sondern machen die traditio symbolica zu einer Unterabteilung der

---

[113]) Hier. Treutleri nec non Andreae Schoepsii consiliorum sive responsorum vol. II (Franc. a. M. 1625) cons. 71 nr. 39, 40 S. 301.

[114]) Expositio in Institutionum Justiniani libros quatuor (Opera omnia, tom. VII Neap. 1777) ad § 45 d. R. D. S. 91.

[115]) Dieselbe Reminiszenz bei Harpprecht ad §§ 44—45 I. d. R. D. nr. 3 S. 237.

[116]) Commentariorum juris civilis libri X (Basil. 1557) lib. III cap. 7 S. 251.

[117]) Consilia sive responsa (Franc. 1594) lib. I cons. 103 S. 254 nr. 35.

[118]) Medulla monitorum ad Hieronymi Treutleri disputationum juris civilis Justinianaei quinquaginta libris Pandectarum comprehensi vol. II (Franc. et Brem. 1660) disp. 21 thes. 6 litt. F S. 173.

[119]) Selectae disputationes vol. II disp. 21 th. 1 res. 1 qu. 15 S. 202.

[120]) Notae et animadversiones ad disputationes Hieronymi Treutleri vol. II (Col. Agr. 1688) disp. 21 thes. 3 litt. H S. 134.

[121]) L. c. nr. 63 S. 150.

traditio ficta. An erster Stelle ist hier François Hotman zu nennen. Er unterscheidet zwischen traditio vera und traditio ficta. Letztere besteht („constat") entweder „cogitatione" oder „nota et aliquo insigni". Unter die erste Rubrik fällt die traditio brevi manu, unter die zweite die Uebergabe der Schlüssel und des Instruments, die degustatio des Weins und die quasi traditio unkörperlicher Sachen [122]). An einer anderen Stelle [123]) rechnet er zu derjenigen Tradition, welche „nota et symbolo repraesentatur", auch die „trabium et tignorum obsignatio". An beiden Orten wird die Uebereignung durch Traditionserklärung Angesichts der Sache sowie das constitutum possessorium nicht als traditio ficta aufgeführt. Doch betrachtet Hotman auch diese beiden Rechtsgeschäfte als Arten der traditio ficta, wie insbesondere seine Aufzählung zur l. 1 C. d. don. [124]) ergibt. Hier nennt er ausserdem noch: „permissio ut rem suam alter in censum deferat" und „traditio unius servi ex iis, qui cum praedio et servis qui in eo erant, donati sunt", die ihm ein „symbolum traditionis praedii et omnium servorum" ist. Sehr kurz ist Freigius [125]). Die traditio ficta in certam personam erfolgt nach ihm per patientiam (§ 44 I. d. R. D.), per symbolum (§ 45 eod., l. 74 D. d. C. E.), per investituram. Im wesentlichen übereinstimmend sind einige andere deutsche Juristen, nämlich Obrecht, Kahl, Reusner, Bocer und Meier, die ebenfalls sämtlich Fälle unkörperlichen Besitzerwerbes mit solchen unkörperlicher Besitzein-

---

[122]) Vgl. die scholae ad l. 20 C. d. pact., operum tom. II Sp. 281.

[123]) Quaestionum illustrium liber, quaestio 12, operum tom. I S. 880.

[124]) Operum tom. II Sp. 590. Vgl. auch quaestio 11, operum tom. I S. 879, quaestio 38 das. S. 969.

[125]) Quaestiones Justinianeae in Institutionis juris civilis (Basil. 1578), II, 1 de traditione S. 54.

räumung durcheinandermengen. Obrecht[126]) kennt drei Arten der ficta traditio. Die eine erfolgt „patientia transferentis", hierhin gehört die traditio brevi manu; die andere „nota, symbolo et insigni aliquo", hierbei wird die symbolische Handlung entweder von Seiten des Tradenten vorgenommen, so bei der Schlüssel- und der Instrumentsübergabe, oder von Seiten des Erwerbers, so bei der custodis appositio, der signatio oder wenn der Erwerber „aliud quidpiam simile facit"; die dritte Art der traditio ficta besteht in der „rei tradendae monstratio". Kahl[127]) nimmt nur zwei Spezies der uneigentlichen Tradition an, eine „traditio tacita", deren Hauptfall die traditio brevi manu ist, und eine „traditio symbolica seu imaginaria", welche „aliquo traditionis et apprehensionis symbolo repraesentatur", und bei welcher auch er unterscheidet, ob das Symbol von Seiten des Tradenten oder von Seiten des Erwerbers zur Anwendung gebracht wird. Symbole der ersten Art sind: instrumentum, claves, introductio, jussus, demonstratio, der zweiten: visus, obsignatio, degustatio, custodis appositio. Reusner[128]) teilt die traditio ficta ebenfalls in eine „per patientiam ususve concessionem" und in eine „per notam aut symbolum aliquod" erfolgende ein. Zu der ersteren Gattung rechnet er die traditio brevi manu, als Beispiel der anderen nennt er die traditio clavium, „quae et ipsa pro domus aut horrei traditione valet". Nach Bocer[129]) geht die traditio ficta entweder

---

[126]) Disputatio de traditionibus th. 6—8, 25, 40—53, disputatio de dominio th. 339—358.

[127]) Jurisprudentiae Romanae praesertim vero Tribonianae cum jure novissimo studiose collatae et hodierni forci usibus accommodatae synopsis methodica (Franc. 1595) disp. 10 nr. 124 sq. S. 111 flg.

[128]) Microtechne cap. 10 lib. II S. 44.

[129]) Commentarius in Justiniani Imperatoris Institutionum librum secundum (Tub. 1619) ad §§ 44 sq. II, 1 S. 119 flg., im wesentlichen ebenso disputationum cl. 5 disp. 7 nr. 26 sq. S. 52 flg.

vor sich longa manu — ein Beispiel ist das heutzutage als traditio brevi manu bezeichnete Rechtsgeschäft, sowie das constitutum possessorium — oder brevi manu — ein Anwendungsfall ist die l. 15 D. d. R. C. — oder „nota et symbolo quodam“, so bei der Schlüssel- und der Instrumentsübergabe, oder „consignatione“ oder „oculis et aspectu“. Meier[130]) zählt in sehr konfuser Weise nicht weniger als zehn Arten der traditio ficta auf. Als Beispiel des Falles 5 „si quis nota et symbolo aliquo res tradat“ nennt er ausser der Schlüsselübergabe die Uebereignung eines Pferdes durch Uebergabe von Zaum oder Halfter.

Eine Identifizierung der traditio ficta mit der traditio symbolica findet sich bei Giphanius, der die traditio ficta als diejenige beschreibt, „quae fit symbolo aliquo“ [131]), und an einer anderen Stelle sagt[132]): „Nulla igitur possessio acquiritur animo, semper aut corporalis apprehensio adsit oportet vel aliquid velut symbolum ejus loco.“ Auch Rittershausen[133]) definiert die ficta traditio als die, „quae fit signo aliquo et symbolo“, und anderswo[134]) als die, „in qua nota aliqua et symbolum rei illam repraesentans intervenit“.

Auch die Schriftsteller der Renaissancezeit sind nicht in erster Linie durch deutschrechtliche Anschauungen zum Begriffe der symbolischen Tradition gelangt. Beeinflusst worden sind sie vielmehr vorzugsweise durch die altrömischen symbolischen Uebereignungsformen. Wenn es im alten römischen Recht Uebereignungen unter Anwendung von Symbolen gegeben hatte, warum

[130]) Lib. 41, 1 nr. 54 sq. S. 892 flg.

[131]) In quatuor libros Institutionum juris civilis (Franc. 1606) ad §§ 40, 45 d. R. D. S. 124.

[132]) Lecturae Altorfinae ad l. 51 D. h. t. S. 522.

[133]) Commentarius novus in quatuor libros Institutionum (Argentor. 1618) ad § 40 d. R. D. S. 178.

[134]) Eod. ad § 45 d. R. D. S. 181.

sollte nicht auch das neue römische Recht solche kennen? Klar tritt dieser Gedanke bei Hotman[135]) zu Tage in den Worten: „Partim Imperatorum constitutionibus partim Jurisconsultorum interpretatione inductum est, ut traditio non modo naturaliter, verum etiam imaginaria ad exemplum antiquae mancipationis admitteretur." In der Dissertation von Paul Grasecke[136]) werden die Arten der uneigentlichen Tradition danach unterschieden, ob sie obsolet sind, oder auch heutzutage noch im Gebrauche stehen. Zu den ersteren rechnet er die Manzipation und die Skotation. Die letztere lässt Cujacius[137]) aus dem Gebrauche der Erdscholle bei der Vindikation entstanden sein. Der Hinweis auf die Funktion der Schlüsselübergabe bei der römischen Eheschliessung und -trennung, welcher sich bei Hauteserre und Harpprecht findet, ist bereits erwähnt worden[138]). Natürlich haben aber auch die Ueberlieferungen der Postglossatorenzeit zur Entwickelung der symbolischen Tradition vieles beigetragen, und endlich hat unzweifelhaft die deutschrechtliche Investitur auch unmittelbar eingewirkt. Ueberall um sich herum sah man Uebereignungen unter Anwendung von Symbolen vor sich gehen, wie nahe lag da die Annahme, dass auch das römische Recht solche Traditionen gekannt habe. Freilich ist bei der Investitur die Einhändigung des Symbols nach der Ansicht der grossen Mehrheit der Schriftsteller der Zeit nicht das für den Eigentumsübergang entscheidende Moment, aber verhält es sich im Civilrecht anders? Ist hier das Geben und Nehmen des Symbols zum Eigentumsübergange genügend? oder bedarf es noch daneben

---

[135]) Scholae ad l. 28 C. d. don. Sp. 606.

[136]) L. c. nr. 326, 327.

[137]) Commentarius in tit. C. d. don. (operum tom. III Lugd. 1614 Sp. 1212), observationum lib. 19 cap. 18 ad l. 28 C. d. don. (operum tom. IV Sp. 1845).

[138]) Oben S. 172 und Anm. 115.

eines besonderen, sich als corpus possessionis darstellenden Verhältnisses zwischen Erwerber und Sache? Ist das letztere der Fall, dann hat das Symbol mit dem corpus possessionis nichts zu thun, es ist weder das corpus possessionis, noch dient es zum Ersatze desselben, es hat dann nur die Bedeutung, den Traditions- und den Erwerbswillen zur Erscheinung zu bringen. Die aufgeworfenen Fragen beantworten sich verschieden je nach den Schriftstellern. Freigius ist zu kurz, als dass sich mit Bestimmtheit sagen liesse, welche Bedeutung er eigentlich den Zeichen beilegt. Dasselbe gilt von Obrecht, Kahl, Reusner, Bocer und Meier. Giphanius [139]) fordert Präsenz des Veräusserungsobjekts, die „externa nota vel symbolum" ist nur ein zu der praesentia hinzutretendes accedens. Er fasst diese praesentia ausserdem sehr eng auf. Nur diejenige Sache ist praesens, „quae oculis contrahentium sit subjecta aut saltem quae prope sit". Bloss bei der instrumentalis traditio verhält es sich anders [140]). Hier braucht sich die Sache nicht im Gesichtskreise des Erwerbers zu befinden, denn das Instrument ist „loco rei, cuius rei jus in ipso instrumento continetur". Damit büsst das Instrument aber wieder seinen Charakter als Symbol ein.

Eine wirkliche symbolische Tradition, d. h. eine Tradition, bei welcher der symbolische Akt nicht bloss rechtlich überflüssiges Beiwerk ist, sondern als corpus acquirendi auftritt, findet sich dagegen bei Hotman und Rittershausen. Ersterer [141]) lässt durch die „nota", das „symbolum" die körperliche Tradition repräsentiert werden, die clavium traditio speziell bezeichnet er als „imago quaedam rei traditionis", er denkt also nicht bloss an eine Ersetzung der körperlichen Tradition durch die

---

[139]) Lecturae Altorfinae ad l. 1 § 4 D. h. t. S. 407.

[140]) Das. ad l. 3 § 1 D. h. t. S. 412.

[141]) Quaestionum illustrium quaestio 12 (operum tom. 1 S. 880), Scholae ad l. 20 C. d. pact. (operum tom. II Sp. 281).

symbolische, sondern an eine Versinnbildlichung jener durch diese. Freilich, eine ziemlich lebhafte Phantasie gehört dazu, sich unter der Uebergabe der Schlüssel, auch wenn dieselbe in der Nähe des Behältnisses erfolgt, eine Tradition der Waren vorzustellen. Gemeinhin verband man in der Renaissancezeit mit „repraesentare" sicherlich keinen anderen Sinn als den von „vertreten", „ersetzen". Rittershausen führt als Grund der Zulässigkeit der symbolischen Tradition an, dass das signum oder symbolum, insbesondere die Schlüssel, das Veräusserungsobjekt repräsentierten.

Diese Auffassungen, in ihre Konsequenzen verfolgt, würden den Satz ergeben, dass zur Besitz- und Eigentumsübertragung einer Sache anstatt der Naturaltradition derselben jede Handlung genügt, welche die Naturaltradition nach allgemeiner Vorstellung vertritt, ja auch den, dass jede Handlung genügt, durch welche die Parteien die körperliche Tradition ersetzen wollen, und dass somit die von den Parteien zum Zwecke des Besitzüberganges vorgenommene Handlung lediglich den Charakter einer Willenserklärung hat, von welchem Standpunkte aus auch einer Besitz- und Eigentumsübertragung durch blosse übereinstimmende Willenserklärung nichts im Wege steht. Weder Hotman noch Rittershausen ziehen indessen diese Konsequenzen, sie wenden die Repräsentationsidee vielmehr nur als Erklärungsmittel einiger im corpus juris civilis behandelter Traditionsfälle an, neue fügen sie nicht hinzu.

Bei anderen tritt dagegen die Auffassung des corpus acquirendi als einer Erklärung des Erwerbswillens klar hervor. So bei Treutler [142]), wenn er von der instrumentalis traditio sagt: „Voluntas factis aeque declaratur ac verbis et plus sit facere quam pronunciare vel scribere . . . et plus esse facere

[142]) Cons. 113 nr. 7 sq. l. c. S. 482.

facto quam verbo, et factum dicitur esse potentius ad interpretationem voluntatis quam sunt verba." Ferner bei Corasius[143]), der ausführt, dass zur Besitznahme mit dem Willen des bisherigen Besitzers eine „naturalis apprehensio" nicht erforderlich sei, und fortfährt: „Sed satis sit, inductis a lege modis tradendi voluntatem ab eo significari, ut quaeratur et dominium et possessio veluti per exhibitionem et conspectum rei, traditionem clavium aut instrumentorum acquisitionis, constitutum, signationem rei venditae, appositionem custodis et reservationem ususfructus." Corasius erachtet also die durch den Veräusserer erfolgte und — wie man hinzufügen muss — durch den Erwerber angenommene Traditionserklärung für ausreichend zur Besitz- und Eigentumsübertragung, freilich nicht jede Erklärung, sondern nur eine in gewisser Form geäusserte. Kürzer, aber wohl inhaltlich dasselbe wie Corasius sagt Contius[144]), wenn er zu den Worten „nuda voluntas" des § 44 I. d. R. D. bemerkt: „Voluntas quatuor modos particulares continet: patientiam, symbolum, jactum missilium, collectionem rei derelictae."

Bei andern Autoren finden sich wenigstens einige dem corpus juris civilis unbekannte Arten der traditio ficta, die eine Verwertung des Repräsentationsprinzips darstellen.

So zunächst die Uebereignung von Gebäuden durch Uebergabe der Schlüssel, welche wir schon bei den Postglossatoren angetroffen haben. Einige fordern hier freilich praesentia des Gebäudes, dann bewirkt diese, nicht die Uebergabe der Schlüssel das corpus possessionis, so Cujacius[145]), Giphanius[146]), Kahl[147]) und Pontanus[148]). Andere sehen dagegen von der praesentia des

[143]) Ad l. 1 D. h. t. (operum tom. I S. 928).

[144]) Notae ad libros IV Institutionum, ad lib. II, 1 (Opera omnia Par. 1616 S. 647).

Gebäudes ab, so Corasius[149]), Rebuffi[150]), Gratianus[151]), Mascardus[152]), Hauteserre[153]), Cludius[154]) und Reusner[155]). Die Erklärung für diese Wirkung der Schlüsselübergabe finden die letzteren Autoren darin, dass die Schlüssel ein Teil des Gebäudes seien (l. 17 Pr. D. d. A. E. V. 19, 1), durch Inbesitznahme des Teiles aber der Besitz des Ganzen übergehe. Als Belegstellen dienen ihnen die l. 3 § 1 D. h. t., die l. 21 Pr. D. d. furt. 47, 2 und das c. 2 X. d. cons. 1, 4. Ein Teil der Waren sind die Schlüssel nicht, deswegen ist zur Uebereignung der Waren erforderlich, dass die Schlüssel in der Nähe des Behältnisses tradiert werden[156]). Auch die Uebertragung von Rechten durch clavium traditio wird anerkannt. Wenn dem Priester die Schlüssel der Kirchthür eingehändigt werden, so erwirbt er damit den Quasibesitz der gesamten, dem Pfarrer zustehenden Rechte. Diese Anwendung der clavium traditio findet sich bei Alciat[157]), Mynsinger[158]),

---

[145]) De feudis ad tit. II, 3 de investitura feudi (operum tom. II Neap. 1758 Sp. 1233).

[146]) Ad § 40 I. d. R. D., commentarius in quatuor libros Institutionum juris civilis S. 124 in Verbindung mit Lecturae Altorfinae ad l. 1 § 21 D. h. t. S. 407.

[147]) Jurisprudentia feudalis (Franc. 1611), lib. II, 3 S. 180.

[148]) L. c. nr. 45 S. 184.

[149]) Ad l. 15 C. d. R. V. nr. 13 l. c. S. 193.

[150]) L. c. nr. 57 sq. S. 174, 175.

[151]) Cap. 503 nr. 1 sq. l. c. S. 259.

[152]) Concl. 1190 l. c. S. 492 flg.

[153]) De fictionibus tractatus III cap. IV S. 106: „traditione clavium urbs vel castrum traditur.“

[154]) L. c. nr. 114 sq. S. 109 flg.

[155]) Microtechne cap. 10 lib. II S. 44.

[156]) Vgl. insbesondere Rebuffi, Gratianus, Mascardus l. c.

[157]) Ad l. 20 C. d. pact. l. c. Sp. 174.

[158]) Apotelesma, hoc est corpus perfectum scholiorum ad Institutiones Justinianeas pertinentium (Helmst. 1607) ad § 45 d. R. D. S. 181.

Rebuffi[150]), Mascardus[152]). Rebuffi fügt hinzu: „Tamen si tradantur claves domus rusticae beneficii, tunc acquiritur quidem quasi possessio administrationis temporalium rerum et non spiritualium, nisi de consuetudine ac talis actus esset destinatus in signum totius possessionis, ut domus presbyterialis." — Die Wirkung, welche die Uebergabe der Schlüssel bei der Veräusserung von Gebäuden hat, wird auch der Uebergabe des Thürriegels (vectis, objex, pessulus) beigelegt. Denn „quemadmodum sub clave domus continetur et omnia quae ibi existunt, sic etiam sub vecte domus continetur et omnia ibi existentia conservantur, sicut cum clausura clavis: ideo mirandum non est, si per traditionem vectis quaeratur possessio" [159]). Mit der Einhändigung und selbst mit der blossen Berührung des Thürriegels wird daher der Besitz des ganzen Gebäudes erworben. Auch andere Teile des Thores spielen diese Rolle. So der Thürring[160]), die Thürschwelle[161]), ebenso auch das Thor selber[162]). Es wird ferner der Erwerb einer Präbende durch Ergreifung des Glockenseiles zugelassen[163]). Die Uebereignung des Pferdes durch Tradition von Zaum und Halfter, die schon die Glosse kennt[164]), wird von Schneidewin[165]), Mascardus[166]) und Meier[167])

[159]) Mascardus an dem in Anm. 152 angegebenen Orte; Cludius l. c. S. 110. Vgl. auch Chasseneuz l. c. Sp. 902; Hauteserre, De fictionibus tract. III cap. IV S. 106; Frider Mindanus cap. XI nr. 24 S. 87.

[160]) Vgl. Rebuffi l. c. nr. 119 sq.; Chasseneuz Sp. 902; Mascardus l. c.; Pontanus l. c. nr. 45 Sp. 184—185; Graseckius nr. 329. Vorzugsweise ist von Kirchen die Rede.

[161]) Vgl. Rebuffi, Pontanus l. c.

[162]) Gratianus cap. 310 nr. 5 sq. vol. II S. 386; Chasseneuz l. c.; Cludius l. c. nr. 130 sq. S. 112; Frider Mindanus cap. XI nr. 26 S. 88.

[163]) Hauteserre l. c. S. 106; Cludius l. c.; Frider Mindanus cap. XI nr. 26 S. 88.

[164]) Siehe oben S. 61 flg.

[165]) Ad § 45 I. d. R. D. l. c. Sp. 439.

erwähnt. Dass das Pferd gegenwärtig sein müsse, wird hierbei nicht gesagt, wird also auch nicht zu supponieren sein.

Man sieht, eine Vermehrung der Fälle der Uebereignung durch Uebergabe eines anderen Gegenstandes als des zu veräussernden über den Rahmen des römischen Rechts hinaus erfolgt nur ziemlich sporadisch. Völlige Uebereinstimmung herrscht dagegen darüber, dass die l. 1 C. d. don. nicht auf Sklaven zu beschränken sei, sich vielmehr auf Gegenstände aller Art, insbesondere auch auf Grundstücke beziehe. Ebenso wird hier im allgemeinen auch keine Beschränkung hinsichtlich des Titels anerkannt. Nur Gilken[168]) denkt an ein speciale der Schenkung. Einige Autoren machen indessen die Instrumentsübergabe überhaupt zu etwas für das corpus possessionis Irrelevantem, indem sie Präsenz des Veräusserungsgegenstandes verlangen. So Cujacius[169]). Er stellt den Satz auf: „Ubi emptor rem non tenet, fictam traditionem non admitti, nisi in re praesenti uterque consenserit," und fordert deshalb für alle Fälle der traditio ficta mit Ausnahme der traditio brevi manu praesentia des Veräusserungsgegenstandes. Auf demselben Standpunkte steht Anton Faber. Er meint, die Fiktion dürfe „in casu ficto" keine grössere Kraft haben, als die Wahrheit „in casu vero", und zwar am wenigsten dann, wenn es sich um solche Fiktionen handle, „quae circa factum hominis versantur", wohin „potissimum" die causa possessionis gehöre. Nun sei es aber unmöglich, mittels der traditio vera, die ja nichts anderes sei, als ein „de manu in manum dare" eine „res

---

[166]) Concl. 1191 nr. 6.

[167]) Siehe oben S. 175.

[168]) L. c. cap. X nr. 13 sq. S. 477 flg.

[169]) Cap. 3 libri IV observationum (operum tom. III Sp. 90). Gegen Cujacius vgl. vor allen Pihilipp Matthaeus ad l. 11 D. d. R. I. l. c. S. 85—87.

absens“ zu tradieren, folglich könne dies auch nicht durch traditio ficta geschehen[170]). Eine Ausnahme macht auch Faber für die traditio brevi manu, doch nur, wenn der Erwerber auf Grund einer früheren Uebergabe des jetzigen Veräusserers, nicht, wenn er auf andere Weise in die Gewahrsam der Sache gelangt war[171]). Auch Gilken[172]) plädiert für Gegenwart des Schenkungsgegenstandes. Doch lässt er den Besitz auch bei Abwesenheit desselben übergehen, indem er ein stillschweigendes constitutum possessorium annimmt. Das letztere geschieht auch durch Bachoff von Echt[173]). Andere erachten bei der instrumentalis traditio den Uebergang des Besitzes nur als etwas Sekundäres, nur als eine Folge des Eigentumsüberganges. Dadurch dass der Tradent die Urkunde übergiebt, aus welcher das „jus ei competens ad rem donatam vel venditam“ hervorgeht, überträgt er dieses Recht. Da es sich nun hier um das Eigentum handelt, und dieses nicht ohne den Besitz erworben werden kann, so geht auch der Besitz über. Diese Argumentation, in welcher das Eigentum nicht anders behandelt wird, als ein obligatorisches Recht, findet man bei Covarruvias[174]), Mascardus[175]), Peregrinus[176]) und Treutler[177]). Rebuffi[178]) wirft

---

[170]) De erroribus pragmaticorum et interpretum juris. Chiliados pars tertia (Lugd. 1609) decas 75 S. 573 flg., insbesondere error 1 S. 575, error VI S. 584; Rationalia in secundam partem Pandectarum (Lugd. 1604) ad l. 46, 47 d. R. V. S. 464, 465. Vgl. auch Codex Fabrianus lib. VII, 7 de aq. v. am. poss. def. 7 S. 808 N. 5: „Non sufficit signum, nisi etiam adsit res signata.“

[171]) Vgl. error IV l. c. S. 581, error VI S. 584 und sonst.

[172]) L. c. cap. 10 nr. 1 sq. S. 574 flg.

[173]) Notae et animadversiones ad disputationes Treutleri vol. II disp. 21 thes. 2 litt. H S. 134.

[174]) L. c. cap. 16 nr. 12 S. 386.

[175]) Concl. 1190 l. c. S. 494.

[176]) Ad c. ex litteris d. cons. nr. 90.

die Frage auf, ob eine **körperliche** Tradition des Instruments erforderlich sei, oder ob auch ein constitutum possessorium desselben genüge. Er verwirft letzteres, „nam ibi essent duae fictiones, quae de jure generaliter non concurrunt“.

Alles in allem genommen ist die „symbolische Tradition“ der Renaissancezeit nicht viel mehr als ein neuer Name.

§ 3.

Die Potestas- oder Custodia-Theorie.

Im Gegensatz zur Lehre von der symbolischen Tradition steht eine andere, welche man als Potestas- oder Custodia-Theorie bezeichnen kann, und welche im wesentlichen mit unserer heutigen herrschenden Theorie übereinstimmt. Sie findet das Charakteristische des corpus acquirendi in der Herstellung der „potestas“ oder „custodia“ und ihren Hauptvertreter in **Donellus**[179]. Er unterscheidet zwischen einem actus corporalis naturalis und einem actus corporis „adscititius“. In der Begriffsbestimmung des ersteren weicht **Donellus** von seinen Zeitgenossen nicht ab, wohl aber in der Auffassung, welche er von dem Wesen desselben hat. Er ist ihm kein Formalakt, sondern nur ein Mittel, die Sache unter unsere potestas und custodia zu bringen. Wenn dieser Erfolg daher durch einen anderweiten körperlichen Akt erreicht wird, so bedarf es eines actus naturalis nicht. Doch ist dies nur beim zweiseitigen Besitzerwerb der Fall, der einseitige erfordert eigentliche Apprehension.

---

[177]) Cons. 113 S. 482 nr. 7 sq.

[178]) L. c. S. 706.

[179]) Opera omnia. Commentariorum de jure civili tom. I (Romae 1828) lib. IV cap. 18 nr. 18 sq., Sp. 758 flg., lib. V cap. 9 Sp. 987 flg. Vgl. auch **Hilliger** l. c. S. 276 flg.

Auf viererlei Weise aber geschieht es, „ut sine prehensione naturali res subjiciatur potestati et custodiae nostrae". Erstens dadurch, dass die Sache in unsern Gesichtskreis gebracht wird; denn wir sind Herren eines Grundstücks, wenn wir dasselbe, falls wir wollen, sofort betreten können. Aber vor unsern Augen muss es liegen, „quia si abest, multa possunt incidere, ne aut in rem proficiscamur aut proficiscentes ne eo perveniamus vel morte praeventi vel casu aut vi prohibiti". Zweitens: durch Uebergabe der Schlüssel des Behältnisses, vorausgesetzt, dass diese Uebergabe in der Nähe des Behältnisses erfolgt, „quoniam non ante certum est, in potestate nostra esse promere eas res, cum voluerimus, quam praesentia loci declaraverit nihil esse impedimento quominus statim id facere possimus". Drittens: durch Aufstellung eines Wächters. Viertens: durch Niederlegung der Sache im Hause des Erwerbers. Den Besitzerwerb durch Empfangnahme des Erwerbsinstruments rechnet Donellus nicht hierher. Er erachtet die instrumentalis traditio zwar als ein „genus adscititiae acquisitionis", aber als eine Singularität, für welche er keine andere Erklärung hat als die nichtssagende der Postglossatoren, „quod videri possit contineri instrumentis res ipsa, cuius emptio et velut auctoritas instrumentis continetur". Den Ausführungen des Donellus haben sich insbesondere mehrere Niederländer angeschlossen. Fast wörtlich wiederholen sie Julius a Beyma[180]) und Heinrich Zoesius[181]). Auch Gerhard van Tuningen[182]) ist stark von ihnen beeinflusst. Er führt aus, die naturalis apprehensio sei nicht erforderlich „in tribus causis. Prima est, si tradens se alterius

---

[180]) Ad l. 1 § 21, l. 3 § 1 D. h. t. l. c. S. 339, 343 flg., ad l. 2 C. h. t. l. c. S. 412.

[181]) Ad tit. C. VII, 32. Annotatio f l. c.

[182]) In quatuor libros Institutionum juris civilis commentarius (Lugd. Bat. 1653) ad § 43 I. d. R. D. S. 224.

nomine possidere constituat. Secunda, si res custodiae et potestati nostrae subjiciantur. Hoc fit quatuor modis: oculis et adfectu, clavibus traditis, custode adposito, re domi nostrae deposita. Tertia, si instrumenta venditionis tradantur." Petrus Gudelinus[183]) sagt: „Ubi res potestati arbitrioque nostro non minus subjicitur, quam si corpore esset a nobis apprehensa, id pro traditione prehensioneque habetur."

Weniger eng schliesst sich Georg Obrecht in seiner tractatio tituli D. et C. de acquirenda, retinenda et amittenda possessione[184]) an. Er unterscheidet[185]) zwischen „naturalis seu vera apprehensio", welche „ipso actu et corpore" erfolgt und zum Erwerbe von Dingen, „quae vacant vel quas praeter seu contra prioris possessoris voluntatem apprehendimus", erforderlich ist, und „civilis seu ficta apprehensio", von welcher er sagt: „In hac magis animus quam corpus dominatur, quia res non revera et actualiter, ut ita dicamus, sed imaginatione, cogitatione et interpretatione juris apprehenditur." Diese ficta apprehensio vollzieht sich in dreierlei Weise. Erstens: bei corpora „unita" sowie bei corpora „concreta seu connexa" durch Inbesitznahme eines Teiles derselben: „Et propterea qui vestibulum domus apprehendit, totam domum in concreto possidere intelligitur." Belegstelle: l. 3 § 1 D. h. t. Zweitens: „Si absque rei naturali prehensione tale quid intervenit, quod prehensionis vim habet," was entweder „per aspectum" oder „per custodiam seu potestatem rei" geschieht. Dass die Unterwerfung unter die potestas oder custodia als Apprehension gilt, erklärt sich daraus, dass auch die „naturalis apprehensio" keinen andern Endzweck hat. Für den Besitzerwerb durch Unterwerfung unter die potestas

---

[183]) De jure feudorum commentarii p. II cap. 9 S. 504.
[184]) Argent. 1600.
[185]) P. I cap. 6 nr. 234 sq.

führt Obrecht fünf Beispiele an: 1. die traditio brevi manu, 2. „si quis aedes et omnia quae in iis sunt, alicui vendat et aedium ac rerum in iis contentarum possessionem se tibi tradere dicat“, 3. „si rem a nobis emptam in domum nostram te inferre jusserimus“, 4. die appositio custodis, 5. „si in rebus clausis apud eum locum, in quo clausae tenentur, ejus loci claves tibi traduntur.“ Die dritte Art der civilis seu ficta apprehensio ist, „si pro re possidenda alia res apprehenditur et ita possessio alterius rei apprehensione transfertur“; dies ist der Fall bei der instrumentalis traditio. Andere Schriftsteller verwerten die Potestas und Custodia wenigstens zur Erklärung der Uebereignung durch Schlüsselübergabe, so Alciatus[186]), Mascardus[187]), Connanus[188]), Gomez[189]), Heige[190]), Pingitzer[191]), während sich Dominicus Arumaeus[192]) ausdrücklich gegen diese Erklärung wendet.

Eine Vereinigung der Theorie von Donellus mit der Lehre von der symbolischen Tradition enthält die Dicaeologica des Johannes Althusen[193]), vielleicht das originellste Werk der ganzen Periode. An zwei Stellen im Kap. 19 und im Kap. 37 Teil III des ersten Buches wird von der traditio ficta gehandelt. Dort[194]) werden als Arten der Apprehension eine naturalis und eine civilis apprehensio aufgeführt. Die erstere erfolgt „exercitio illorum actuum, qui ad onus vel incommodum

---

[186]) Ad l. 1 Pr. D. h. t. nr. 56 Sp. 1203.

[187]) Concl. 1190 l. c. vol. III S. 493.

[188]) Lib. VII cap. 6 nr. 10 S. 710.

[189]) L. c. nr. 60 S. 265.

[190]) Ad § 45 I. d. R. D. l. c. S. 139.

[191]) Illustrium quaestionum Saxonicarum decades sex (Lips. 1607) quaestio 11 nr. 20 S. 99.

[192]) Disputationes ad consuetudines feudales (Jenae 1620) disp. V Note zu thes. 9 S. 612.

[193]) Herborn 1617.

[194]) S. 66 flg.

dominii cuiusvis pertineant atque individue jus dominii comitantur", eine Begriffsbestimmung, die seiner Definition vom Besitz, der ihm „exercitium dominii", „ipse dominandi actus" ist, entspricht. Eine civilis apprehensio gibt es nur bei der Tradition, sie besteht darin, dass eine Sache „custodiae et potestati nostrae possidenda subjicitur", „ita ut quatenus velimus, possessionem et usum ejus nancisci possimus". Eine Sache, die sich in dieser Lage befindet, ist für den Erwerber praesens. Die Unterwerfung unter die Gewalt des neuen Besitzers geschieht nun wieder entweder „nuda demonstratione" oder „symbolo tradito". Zu der ersteren Art rechnet Althusen auch die traditio brevi manu und das constitutum possessorium, sowie die „prorogatio tacita vel expressa rei possessae (l. 4 § 4, l. 5, l. 12 § 1 D. d. prec.). Unter „symbolica rei apprehensio" wird diejenige verstanden, „quae nota aliqua possessionem repraesentante et individue comitante indicatur". Beispiele sind: die Empfangnahme der Schlüssel oder des Thorriegels behufs Erwerbs des „in conspectu" befindlichen Hauses, die Uebergabe des Instruments, die degustatio vini, die Zeichnung, die „depositio in domo", die „appositio custodis", die Umschreibung im Steuerbuche, die Besitzergreifung „partis alicuius integri", die Investitur. Es wird durchweg praesentia des Veräusserungsgegenstandes vorausgesetzt, wenn auch nur — mit Ausnahme des ersten Falles — in dem oben angegebenen Sinne. Das Symbol ist also etwas für das corpus possessionis rechtlich Gleichgültiges. Das Kapitel 37 [195]) handelt von der Tradition und zwar zunächst von der „cessio ex parte amittentis". Althusen unterscheidet zwischen vera traditio, „qua res corporalis de manu in manum traditur" und „repraesentata seu ficta traditio", „qua res quae non tenetur a tradente pro tradita ha-

[195]) S. 143 flg.

betur“, welche letztere entweder „in personam certam“ oder „in personam incertam“ erfolgt. Die traditio repraesentata in personam certam geschieht ihrerseits wieder entweder „fictione brevis manus“, als deren Unterart — merkwürdigerweise unter dem Namen traditio longae manus — die Tradition an einen Stellvertreter erscheint, oder „demonstratione“, welche entweder „nuda“ oder „symbolo vestita et confirmata“ ist. Von der letzteren wird bemerkt: „Symbolo vestita demonstratio est nota repraesentata, qua tamen, nisi realis apprehensio sequatur, possessio non transfertur in rebus corporalibus.“ Als Beispiele der symbolischen Uebereignung werden aufgeführt: die Ueberreichung der Schlüssel „apud horream aut cellam“, die Skotation, die „degustatio vini“, die Zeichnung, die „depositio in domum“, die Fälle, „quando quis patientiam et usum re incorporali utendi praestat vel rerum propriarum usum et apprehendendi potestatem permittit et patientiam praestat aut vim fieri et impedimentum creari in possessione prohibet“, die Tradition des Instruments, endlich eine grössere Anzahl von Rechtsakten, welche in dem von Althusen häufig angezogenen Alten Testament vorkommen. Nach der „cessio ex parte amittentis“ spricht er von der „acceptatio“. Acceptatio und apprehensio ist dasselbe. Die acceptatio wird bloss fingiert, wenn dem Erwerber nur die „apprehendendae et capiendae potestas“ eröffnet worden ist, was der Fall ist, wenn sie erfolgt „per appositionem custodis, per clavium traditionem in loco, ubi res praesens est, et acceptationem rei tradendae inclusae, per instrumenti traditionem et per actum aliquem annexam habentem apprehensionem aut per actum qualemcumque, quo res potestati et custodiae nostrae subjicitur, ita ut si velimus, apprehendere possimus, per partis rei traditae apprehensionem“. — Eine wirkliche symbolische Tradition kennt also auch das Kapitel 37 nicht.

§ 4.

Das constitutum possessorium.

Die Lehre vom constitutum possessorium[196]) weist im grossen und ganzen keinen Fortschritt gegenüber der Behandlung des Rechtsinstituts durch die Postglossatoren auf. Und allerdings, eine noch unkörperlichere Gestaltung des constitutum possessorium als die seitens der Postglossatoren war kaum möglich.

I. Die Auffassung des constitutum possessorium als eines Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter findet sich auch in der Renaissancezeit. Am klarsten bei Donellus[197]): „Alieno corpore nobis possessio acquiritur aut per eum, qui nobis possessionem tradit aut per alios, quorum prius ea possessio non fuit.“ Der erste Fall ist der des constitutum possessorium, das so erklärt wird: „Qui constituit nostro nomine possidere, statim possidere desinit. Id enim agit, ut nos possidemus, ipse sit in possessione nostro nomine. Is possidet, cuius nomine possidetur. Hoc animo, ut nihil aliud sequatur, amittitur possessio. Qua amissa nihilominus corporalem detentionem animo retinet, qui manet in possessione rei, in qua prius fuerat, etsi hanc alieno nomine retinet. Rebus ita constitutis fit locus acquisitioni possessionis.“ Auch hier wird der Besitz animo et corpore erworben, „animo quidem nostro . . . corpore autem veteris possessoris, qui corpore manet in possessione“. Von Donellus beeinflusst ist auch hier Julius a Beyma[198]), bei

[196]) Das Adjektiv „possessorium“ kommt in dieser Periode auf, zuerst bei Tiraquellus (p. 1 nr. 1 S. 108), noch nicht bei Alciatus, wie Obrecht (tractatio tituli D. e. C. d. aq., ret. et amitt. poss. cap. 11 nr. 439) annimmt.

[197]) Commentariorum de jure civili tomi I lib. 5 cap. 10 Sp. 996 nr. 2 sq.

[198]) Ad l. 3 § 1 D. h. t. l. c. S. 343.

dem es heisst: „Non solum nostro sed et alieno corpore acquirimus possessionem. Quia corpus tantum ministerium praestat in adprehendenda possessione, quod non minus per corpus alienum fieri potest quam per corpus proprium. Unde et per servum, filiumfamilias atque adeo per liberam personam . . . acquiri potest possessio. Sed et per eum qui nobis tradere vult possessionem, acquiritur nobis possessio, si constituat se nostro nomine possidere.“ Eingewirkt hat Donellus ferner auf Obrecht[199]), der betont, dass der Konstituent auch wirklich „constituendi animum“ besitzen müsse, und auf Justus Meier[200]), der das constitutum possessorium als einen Fall bezeichnet, in welchem „nostro animo et alieno corpore et animo possessionem acquirimus per quemcumque qui possessionem nobis acquirere velit scientibus vel ratum habentibus“ und von dem Konstituenten sagt: „Ministerio suo me facit possessorem, si ratum id habuero.“ Duarenus[201]) erklärt den Besitzübergang durch Veräusserung unter Niessbrauchsvorbehalt durch die Worte: „Corpore donantis et retinentis usumfructum mihi acquiritur“ und bemerkt, dass es sich bei dem ausdrücklichen Konstitut ebenso verhalte. An einem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter denken auch zwei Kommentatoren von Treutlers Disputationen: Bachoff von Echt[202]), der das Konstitut charakterisiert: „Ex praemissis responsio hic facilis est: apprehendi eo casu possessionem corpore alieno siquidem qui ita alieno nomine se possidere constituit, ipse possidere desinit“, und Tilemann, der zur thes. 3

---

[199]) Tractatio tituli D. e. C. d. acquir., retin. et amitt. poss. nr. 417 sq.

[200]) Ad lib. 41, 2 nr. 16 l. c. S. 925.

[201]) Ad l. 3 § 1 D. h. t. l. c. S. 633.

[202]) Vol. II disp. 21 thes. 2 litt. H. S. 134.

der 21. Disputation ausführt[203]): „Ad hanc thesin notandum est, quod per alias etiam praeter expressas a Treutlero personas acquiramus possessionem: veluti qui rem aliquam retento sibi usufructu nobis donant, qui rem suam a nobis conducunt et omnino qui nostro nomine se possidere constituunt." Dann muss hier Borcholten[204]) genannt werden, der erwägt, dass zum Besitzerwerbe zwar ein körperlicher Akt erforderlich sei, dass beim constitutum possessorium dieser Anforderung aber durch die ursprüngliche Besitzergreifung des Konstituenten genügt werde, „trahitur enim ea acquisitio etiam ad eum cuius nomine deinde se possidere constituit, sicut re apprehensa nomine nostro sufficit deinde, si ratum habeamus", und Althusen[205]), der vom constitutum sagt: „Quo nomine et jure alterius praesentis et approbantis possidere volumus vel ab alio et pro alio, ex causa seu titulo justo et vero rem, quam tempore constituti constituentes possidebamus civiliter animo domini."

Nur als einen dem Besitzerwerbe durch einen Stellvertreter analogen Fall fassen das constitutum possessorium Alciat und Gomez auf. Der erstere sagt von dem Veräusserer[206]): „Qui enim constituit, procurator est nudumque ministerium praestat", von dem Erwerber[207]): „Censeturque ille per nos tamquam per procuratorem possidere." Dass durch das constitutum possessorium nicht nur civilis, sondern auch naturalis possessio erworben werde, rechtfertigt er durch den Satz: „Dubium non est per procuratorem nos et civiliter et naturaliter possidere, cum ipse solum rem de-

[203]) L. c. vol. II S. 171 litt. F.

[204]) Disputationum ordinariarum pars secunda (Helmst. 1597) disp. II de acquir. et amitt. possessione (resp. Franc. Langer) a. E.

[205]) L. c. cap. 19 nr. 15 S. 69.

[206]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 16 Sp. 1249.

[207]) Eod. Sp. 1245.

tineat." Bei Gomez[208]) heisst es: „Et ratio vera et naturalis est, quia ille qui se constituit nomine alterius possidere, incontinenti, id est in ipso actu constitutionis videtur insistere rei et eam habere et tenere nomine ejus, et tamquam ejus procurator, unde statim sibi quaeritur possessio et constituens remanet in simplici et nuda detentatione: sicut ergo procurator de novo apprehendens possessionem illam in continenti quaerit domino."

Es wird in der Renaissancezeit aber auch die, ebenfalls schon bei den Postglossatoren vorkommende Ansicht vertreten, dass das constitutum possessorium ein Produkt der Zusammenziehung zweier Akte sei, einer Tradition des Besitzes und einer Rücktradition der Detention. Hervor tritt diese Ansicht bei Cujacius[209]) — allerdings neben der Annahme eines Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter —, bei Hotman[210]), Perez[211]) und Hilliger[212]).

Die die Theorie vom constitutum possessorium gestaltende Auffassung ist aber auch in dieser Zeit die, dass das Konstitut ein dem Veräusserungsvertrage angehängter Nebenvertrag sei, ein Accessorium, eine clausula, die bewirke, dass der Besitz, eventuell mit ihm das Eigentum, auf den Erwerber übergehe. Als eine clausula wird das constitutum possessorium regelrecht bezeichnet, daneben wird auch pactum[213]) und contractus[214]) gebraucht. Da es ein accessorium ist, so ist es

[208]) L. c. nr. 78 S. 273.

[209]) Commentarius in tit. C. d. don., operum tom. III Sp. 1210, Observationum lib. 19 cap. 18 ad l. 28 C. d. don., operum tom. IV Sp. 1845.

[210]) Scholae ad l. 28 C. d. don., operum tom. II Sp. 606.

[211]) Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani (Amstelaed. 1661) ad tit. 8, 53 (54) nr. 25 S. 121.

[212]) Donellus enucleatus. Note a zu p. I lib. 5 cap. 10 S. 279.

[213]) Vgl. z. B. Antonius Contius, Disputationum juris

in seinem Bestande und in seiner Qualität vom Hauptkontrakte abhängig. „Constitutum sequitur naturam contractus et ejus condiciones et qualitates recipit“, wie es bei Menochius[215]) heisst. Wenn daher der Hauptkontrakt bedingt oder befristet ist, so ist es auch das constitutum[216]), ist der Hauptvertrag ungültig, so fällt auch das Konstitut zusammen[217]), ist er simuliert, so trifft auch das constitutum possessorium dieser Vorwurf[218]), wird er wieder aufgelöst, so besteht auch das Konstitut nicht länger[219]), wird eine Protestation gegen den Hauptvertrag eingelegt, so erstreckt sie sich auch auf das constitutum possessorium[220]). Eine Definition des constitutum possessorium findet man, wenn man von den oben wiedergegebenen Aeusserungen des Donellus und Duarenus und der Zusammenziehungstheorie ab-

---

civilis liber I cap. 13 (operum S. 189): „Sic et pacto transfertur possessio, si quis alieno nomine constituerit se possidere.“

[214]) Vgl. z. B. Zasius ad l. 18 Pr. D. h. t. S. 149: „Contractus constituti.“

[215]) Cons. 733 nr. 30 (liber VIII Bl. 112), vgl. auch cons. 663 nr. 13 (liber VII Bl. 166v); Cravetta cons. 299 nr. 2 l. c. S. 233; Augustinus Barbosa, Tractatus de clausulis usu_ frequentioribus (Variae tractationes juris Lugd. 1631) clausula 31 S. 32; Tiraquellus p. III lim. 7 nr. 40 S. 145.

[216]) Tiraquellus p. II ampl. 15, 16 S. 122.

[217]) Tiraquellus p. III lim. 7 nr. 16 sq. S. 141 flg.; Menochius cons. 430 nr. 13, cons. 465 nr. 1 (lib. V Bl. 95, 134), cons. 1095 nr. 5—11 (lib. XI S. 284); Chasseneuz l. c. rubr. VII des successions § 1 verb. saisit Sp. 899; Franciscus Mantica, Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros XXVII dispertitae lib. I tit. 13 nr. 27 S. 30 (tom. I Coll. Allobr. 1615) u. a.

[218]) Tiraquellus p. III lim. 8 S. 146 flg.; Menochius cons. 1095 nr. 7, 11 (lib. XI S. 284, 285); Corasius ad l. 15 C. d. R. V. nr. 15 (operum tom. II S. 193); Codex Fabrianus lib. IV, 17 def. 6 S. 356.

[219]) Cravetta cons. 299 nr. 2 S. 233, cons. 437 pars III S. 341; Tiraquellus p. III lim. 29 S. 159 flg.

[220]) Menochius cons. 38 nr. 39 (lib. I S. 96).

sieht, nur bei Romulejus in dessen Monographie über das constitutum possessorium[221]), und diese Definition ist seltsam genug: „Constitutum possessorium est vera causa naturalis et civilis possessionis acquirendae per alium extraneum[222]).“

II. Die Einteilung des constitutum possessorium in zwei Arten, je nachdem eine causa detentionis ersichtlich ist oder nicht, hat sich erhalten. Am klarsten tritt diese Unterscheidung bei Donellus und Obrecht hervor. Ersterer führt im 18. Kapitel des 4. Buches seines Kommentars aus[223]): „Constituit autem quis se nostro nomine possidere aut verbis aut re aliqua et facto. Verbis, si dicat, se id constituere. Re et facto, si ejus rei quam mihi dominus idemque possessor traditam vult, usum sibi ex aliqua justa causa retineat, dum aut retineat sibi usumfructum aut rem a me conducit vel precario accipit.“ Im 10. Kapitel des 5. Buches heisst es[224]):

---

[221]) Der Herausgeber sagt von ihm, er habe hoch und heilig versichert, die Monographie des Tiraquellus nicht eher kennen gelernt zu haben, „quam sua commentaria pene ad umbilicum usque perduxisset“. Von Tiraquellus bemerkt der Herausgeber: „Hoc tamen non dubito affirmare plus operae et chartarum impendisse Tiraquellum in inserendis scriptorum nominibus et superfluis allegationibus, quam festino lectori et avaro tempori expediat, quae si ex ipsius tractatu demas, quantulum remanebit?“ Das Werk des Romulejus ist zwar selbständiger als das des Tiraquellus, scheint aber fast gar nicht benutzt worden zu sein.

[222]) Nr. 10.

[223]) Nr. 17 Sp. 758.

[224]) Nr. 4 Sp. 998. Wie bei dieser Sachlage Exner (Rechtserwerb durch Tradition S. 144 Anm. 56) und von Jhering (Besitzwille S. 210 Anm. 1) behaupten können, dass Donellus zur Gültigkeit des constitutum possessorium das Vorhandensein einer causa detentionis verlange, ist mir unerklärlich. (So auch Harburger S. 8 Anm. 24.) Einen Bundesgenossen in seiner Theorie von der causa detentionis hat Exner dagegen möglicherweise in Althusen. Der Passus „ex causa seu titulo justo

„Constituit quis alieno nomine possidere non tantum verbis et aperte (quod cum fit, nulla dubitatio est, quin transferatur possessio), sed etiam tacite rebus ipsis et factis hanc ipsam voluntatem indicantibus.“ Obrecht[225]) sagt: das constitutum possessorium gehe vor sich „vel nominatim vel re ipsa. Nominatim fit, ut si possessor dicat: constituo me tuo nomine possidere, vel confiteor me tuo nomine possidere. At re ipsa hoc fit, si quis rem, cuius possessionem habet, ab alio conducat vel alii pro ea pensionem solvat vel eam ex causa depositi vel commodati alieno nomine habere incipiat vel precario petat.“ Die Mehrzahl der Theoretiker stellt dagegen das constitutum possessorium, die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs oder des prekaristischen Besitzes, die Miete der eigenen Sache u. s. w. als gleichberechtigte Fälle der traditio ficta nebeneinander, erklärt dann aber auch die letztaufgeführten Tatbestände aus dem Konstitut. Materielle Folgen hat diese Verschiedenheit der Einteilung natürlich nicht.

Dass der Konstituent beim ausdrücklichen Konstitut erkläre: constituo oder confiteor me tuo nomine possidere, wird nicht durchweg verlangt. Insbesondere fasst Vultejus[226]) die Erklärung des Verpfänders, dass er dem Pfandgläubiger ein Grundstück „in ein wirckliche innhabende Possession und Gewehr für ein auss-

---

et vero“, den er in seine Begriffsbestimmung des constitutum possessorium aufnimmt (siehe oben S. 192) spricht dafür, noch klarer der Umstand, dass er als Erfordernis des Konstituts nennt (l. c. nr. 15 Note 64): „ut ex titulo justo pro alio vel nomine alterius possideat“. Doch ist es nicht unmöglich, dass Althusen hier an die causa traditionis denkt. Ueber Giphanius siehe unten S. 211 flg.

[225]) Tractatio tituli D. e. C. d. acquir., ret. e. amitt. poss. nr. 435 sq. cap. 11.

[226]) Consiliorum sive responsorum doctorum et professorum facultatis juridicae in academia Marpurgensi vol. III (Marp. 1607) cons. 18 nr. 129 S. 108.

trücklich war recht Underpfandt eingethan und eingeweiset" habe, als eine Besitzübertragung durch constitutum possessorium auf, eine Ansicht, welcher Schneidewin[227]) entgegentritt. Subintelligiert wird das Konstitut in dieser Zeit nur noch vereinzelt. So von Nevizanus[228]). Menochius ist im consilium 37[229]) und 979[230]) für die Subintelligierung, im consilium 122[231]) fordert er dagegen, dass die clausula constituti von den Parteien „clare" ausgedrückt werde. Bei Tiraquellus[232]) heisst es: „Ego certe sum in ea opinione, ut si alicubi esset consuetudo ponendi constitutum in omnibus instrumentis, si forte esset omissum in uno quopiam, videretur fuisse omissum errore aut oblivione notarii atque ita censendum esse tamquam si appositum fuisset." In gleichem Sinne äussert sich Pontanus[233]): „Si ex consuetudine notariorum solitum sit constitutum in omnibus instrumentis ad id congruis, licet non expressum, pro adjecto censebitur veluti ex errore omissum, cum notariorum consuetudo inter eosdem pro lege recipiatur." Auch Bachoff von Echt[234]) neigt zur Subintelligierung des Konstituts. Zur Erklärung der instrumentalis traditio bemerkt er: „Resp. vel quod et hic signum apprehendatur pro re signata vel quod instrumentum tradens nomine alieno possidere incipere intelligatur: quoniam hoc utique praesupponi oportet et quod res vacua sit et quod tradens animum habeat dimittendi possesionem." Alciat hingegen stimmt, wenn auch zweifelnd, der ent-

---

[227]) Ad § 4 I. d. interd. 4, 15 nr. 49 l. c. Sp. 2363.
[228]) Cons. 28 nr. 3 sq.
[229]) Nr. 33 sq. lib. I S. 91.
[230]) Nr. 11 lib. X S. 245.
[231]) Nr. 53 lib. II Bl. 73.
[232]) P. III lim. 31 nr. 15 S. 171.
[233]) Lib. II cap. 14 nr. 33 S. 177.
[234]) Notae et animadversiones ad disputationes Treutleri vol. II disp. 21 thes. 2 litt. H S. 134.

gegengesetzten Ansicht bei[235]), und Anton Faber[236]) sagt von der Meinung, „clausulam constituti, quod in contractibus praesertim pignoraticiis adjici soleat, pro adjecta semper habendam esse“: „quod tamen falsissimum esse nec pragmatici ipsi diffitentur.“

Die Fälle des Konstituts mit ausgedrückter causa detentionis haben sich gegenüber der Postglossatorenzeit vermehrt. Neben dem Vorbehalt des Prekariums, der Miete und des Niessbrauchs, der Emphyteuse und des Faustpfandes finden wir den des Gebrauchsrechts[237]), des Depositums[238]), des Kommodats[239]), der Verwaltung[240]), des Weiderechts[241]), den Vorbehalt einer Geldabgabe von dem veräusserten Grundstück[242]). Die Veräusserung durch ususfructus retentio macht auch jetzt noch einigen Autoren Schwierigkeiten. Chasseneuz[243]) erklärt sie gleich Azo für ein „mirabile“ und gesteht:

---

[235]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 22 Sp. 1250: „sunt, qui contradicant et forte rectius“.

[236]) De erroribus, pars I (Coll. All. 1613) dec. I err. 1 S. 3. Siehe auch Mantica l. c. lib. III tit. 9 nr. 33 sq. S. 123; Arismini Tepati, Compendium decisionum et variarum sententiarum juris canonici, civilis et criminalis. Pars III (Vrat. Sil. 1682) tit. 354 S. 55 cap. 1.

[237]) Pontanus l. c. nr. 25 S. 170.

[238]) So bei Hotman, Scholae ad l. 28 C. d. don. Sp. 606; Cujacius, Observationum lib. 19 cap. 18 ad l. 28 C. d. don., operum tom. IV Sp. 1845, commentarii in tit. C. d. don., operum tom. III Sp. 1211. In dem Kommentar zum tit. C. d. prec. e. d. Salv. int. 8, 9 (operum tom. IX Sp. 1172) lässt Cujacius dagegen zur Vollziehung von Schenkungen nur die ususfructus und die precarii retentio, und zwar letztere auch nur kraft Gewohnheitsrechts zu. Vgl. ferner Obrecht, de acquirenda retin. et amitt. poss. nr. 437.

[239]) Eod.

[240]) Menochius cons. 122 nr. 34 (lib. II Bl. 72 v).

[241]) Eod. cons. 495 nr. 31 (lib. V S. 183).

[242]) Obrecht an dem in Anm. 238 angegebenen Orte Peregrinus ad c. 2 X. d. cons. nr. 74 S. 154.

[243]) L. c. Sp. 897.

„Ista translatio possessionis per retentionem usufructus numquam mihi placuit." Hotman[244]) tadelt den Tribonian, der „falso, imperite et contra omnem juris rationem" gehandelt habe, als er auch beim Kaufe eine Eigentumsübertragung durch usufructus retentio zuliess: „Quod enim singulari jure in donationis et dotium causa inductum fuerat, ad venditionem contorqueri non debuit." Weil Azo dieses „facinus" Tribonians nicht erkannt, habe er die l. 28 C. d. don. „unum de mirabilibus mundi" genannt. Gegen Hotman wendet sich Hilliger[245]) mit der Begründung, die Fragmente des Codex Theodosianus seien „multo corruptiora, minus integra ac a Gothis depravata." Auch Galvanus[246]) ist der Ansicht, dass die Veräusserung unter usufructus retentio schon zur Zeit der klassischen römischen Juristen für Titel aller Art Traditionswirkung gehabt habe. Ueber die rechtliche Konstruktion des sich mit der Eingehung einer societas omnium bonorum vollziehenden Eigentumsüberganges herrscht auch unter den Juristen dieser Zeit keine Uebereinstimmung. Einige denken an ein constitutum possessorium, so Donellus[247]), Menochius[248]) und Peregrinus[249]), andere, wie Balduinus[250]), Connanus[251]) und Giphanius[252]) an eine Eigentumsübertragung ohne gleichzeitigen Besitzübergang, noch andere an eine Eigentums- und Besitzübertragung durch blossen Vertrag, so Chasseneuz[253]) und Gabriel Mudaeus[254]).

---

[244]) An dem in Anm. 238 angegebenen Orte.

[245]) Donellus enucleatus, Note b zu lib. V cap. 10 S. 279.

[246]) De usufructu cap. 34 S. 530 flg.

[247]) Lib. XIII cap. 16 nr. 6 (tom. III Sp. 913).

[248]) Cons. 122 nr. 18 (lib. II Bl. 71).

[249]) Ad c. 2 X. d. cons. nr. 31, und zwar auch für die societas particularis.

[250]) Ad § 46 I. d. R. D. S. 184.

[251]) Lib. VII cap. 13 de societate nr. 8 S. 791.

[252]) Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis Justiniani (Col. 1614) ad l. 20 C. d. pact. S. 47.

III. Die Voraussetzungen des Konstituts sind die alten geblieben. Der Konstituent muss zur Zeit der Erklärung besitzen, der Erwerber muss, falls er auf Grund des Konstituts klagt, diesen Besitz in der Klage anführen und beweisen. Doch erübrigt sich dieser Beweis, wenn Gegner der bisherige Besitzer, dessen Erbe oder ein Singularsuccessor ist, der vom Konstituenten später erworben hat als der Kläger[255]), oder wenn die Konstituterklärung in einem „instrumentum antiquum" erfolgt ist, ihr also die unvordenkliche Verjährung zur Seite steht[256]). Nachträglicher Besitzerwerb des Konstituenten genügt nicht[257]), ist das Konstitut unter einer Bedingung erklärt, so muss der Konstituent auch noch beim Eintritt derselben besitzen[258]), soll es erst nach

---

[253]) L. c. Sp. 904.

[254]) De contractibus (Franc. 1586), ad l. 2 D. pr. soc. l. c. S. 3.

[255]) Vgl. Tiraquellus p. III lim. 1 nr. 20 sq. S. 135; Cravetta cons. 890 p. V S. 217; Mascardus concl. 422 S. 678, concl. 1218 S. 573; Pontanus lib. II cap. 14 nr. 32 S. 176; Gratianus cap. 502 nr. 2 sq. S. 255; Tepatius tit. 354 cap. 6 S. 56; Gomez l. c. nr. 85 S. 277; Codex Fabrianus lib. VII, 7 def. 20 S. 812.

[256]) Tiraquellus p. III lim. 1 nr. 18—19 S. 135; Menochius cons. 1236 nr. 16 lib. 13 S. 130, der indessen betont, dass diese Ausnahme nur dann Platz greife, „quando nulla exstat conjectura in contrarium, sed legitur simplex constitutum a constitutario admissum et receptum"; Mascardus, Pontanus, Tepatius an den in Anm. 255 angegebenen Orten; Mascardus ausserdem concl. 779 S. 428; Chasseneuz l. c. Sp. 899; Gomez l. c. nr. 87 S. 277.

[257]) Vgl. Tiraquellus p. III lim. 1 nr. 13 sq. S. 134, 135; Menochius cons. 701 nr. 9 sq. lib. VII S. 3; Mascardus concl. 1218 S. 572; Codex Fabrianus lib. VII, 7 def. 14 S. 810; Gilken cap. VII nr. 17 sq. S. 461. Wegen des Konstituts von res futurae siehe unten S. 204.

[258]) Vgl. Alciatus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 22 Sp. 1250; Menochius cons. 122 nr. 54, lib. II Bl. 73v; Chasseneuz Sp. 900; Johannes Gutierez, Practicarum quaestionum civi-

dem Tode des Veräusserers gelten, so hat es überhaupt keine Kraft[259]), es sei denn, dass der Veräusserer erklärt hat, er besitze für den Erwerber „ex nunc prout ex tunc[260])". Aus dem Gesagten folgt, dass durch ein constitutum possessorium des Detentors der Besitz nicht übertragen wird. Der Erwerb des Besitzes seitens des Erben dadurch, dass ihm der Kolon des Erblassers die Abgabe zahlt[261]), wird als Ausnahme von diesem Satze nicht angesehen. Insbesondere Pontanus[262]) führt hier aus: da der Besitz durch den Tod des Eigentümers vakant geworden sei, so werde der colonus durch das dem Erben erklärte Konstitut zunächst selber Besitzer und in dieser Eigenschaft übertrage er den Besitz auf den Erben. Dagegen nehmen einige an, dass durch ein constitutum des Detentors wenigstens die Detention übergehe. So Gomez[263]), der den Satz aufstellt: „Per clausulam constituti vel alium actum fictum potest transferri sola, nuda et simplex detentatio saltem virtualiter et effective, licet nulla possessio sit penes constituentem", und zur Begründung desselben ausführt: „Clausula con-

---

lium super quinque prioribus libris primae partis legum novae collectionis regiae Hispaniae lib. V (operum tom. V Coll. All. 1730) S. 64 quaest. 26 nr. 4. A. A. ist der Codex Fabrianus (lib. VII, 7 def. 36 S. 816), vorausgesetzt, dass es sich um eine condicio causalis oder mixta handelt.

[259]) Vgl. Alciatus eod. nr. 21 Sp. 1250; Tiraquellus p. III lim. 2 nr. 1 sq. S. 136 flg.; Cravetta cons. 890 p. V S. 217; Pontanus l. c. S. 174 nr. 31; Gratianus vol. IV cap. 700 nr. 63 S. 237; Gomez S. 279 nr. 88, 89.

[260]) Vgl. Johannes Petrus Surdus, Consiliorum sive responsorum lib. II (Franc. 1599) cons. 171 nr. 20 S. 114; Gratianus vol. I cap. 172 nr. 17 S. 414; Tiraquellus l. c. nr. 16, 17 S. 137; Chasseneuz l. c. Sp. 898.

[261]) Siehe oben S. 114.

[262]) L. c. nr. 31 S. 175, 176; ebenso Gomez S. 268 nr. 67. Vgl. auch Zasius ad l. 18 Pr. D. h. t. S. 149; Tiraquellus p. III lim. 1 nr. 26 S. 135, lim. 14 nr. 3 sq. S. 151.

[263]) L. c. nr. 90 S. 280, 281.

stituti vel quilibet alius actus fictus nihil aliud est quam repraesentatio apprehensionis naturalis ipsius rei et ad hoc ordinatur, ut mediante actu ficto videatur quis esse in re." Derselben Ansicht ist Obrecht[264]). Als Gegner bekennt sich Gratian[265]): „Cum detentio nuda sit meri facti, quae non transit per constitutum sive precarium, habet enim plurimum juris et ideo non pertinet nisi ad naturalem et civilem possessionem, non ad detentationem."

Dass unmittelbar körperlicher Besitz des Veräusserers nicht erforderlich sei, ist auch jetzt die durchaus herrschende Meinung[266]). Anderer Ansicht ist Antonius Merenda[267]), unter Bezugnahme auf l. 44 § 2 D. h. t. und l. 1 § 45 D. d. vi et vi arm. 43, 16, und Anton Faber[268]), der die Worte der l. 18 Pr. D. h. t.: „quod meo nomine possideo" so auffasst, „ac si scriptum esset, quod meo et corpore et animo mihi possideo", und deshalb auch ein Konstitut durch eine Person, die selber nur durch ein Konstitut den Besitz erlangt hat, nicht zulassen will. Doch ist seine An-

[264]) De acquir., retin. et amitt. poss. cap. 11 nr. 425—427.

[265]) L. c. vol. III cap. 502 nr. 6 S. 255.

[266]) Vgl. Alciatus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 6, 8, 9 Sp. 1246; Peregrinus ad c. 2 X. d. cons. nr. 68 S. 151; Donellus lib. IV cap. 18 nr. 17 Sp. 758; Codex Fabrianus lib. VII, 7 def. 25 S. 813, def. 32 S. 815; Gomez l. c. nr. 79—81 S. 274 flg.; Zasius ad l. 18 Pr. D. h. t. S. 149, der aber zu weit geht. („Hoc est egregium remedium quando aliquis potens invadit fundos meos vel exturbavit me, quamdiu non despero de possessione, tamdiu civiliter possideo. Quid si ego conor resistere contra violatorem et non possum, cum impar viribus? jam constituo me possidere nomine Comitis: Domine Comes, ego possideo etiam hodie istos fundos, constituo quod velim deinde possidere nomine vestro et vos este possessor, poteritis fortasse violatorem expellere.")

[267]) Controversiarum juris volumen primum (Venet. 1706) lib. 3 cap. 21 S. 125.

[268]) Dec. 96 err. 10, pars IV (Col. All. 1615) S. 785.

sicht nicht einmal durch den von ihm geleiteten Gerichtshof adoptiert worden, wo vielmehr die Uebertragung eines durch Konstitut erworbenen Besitzes durch ein zweites Konstitut unbedenklich zugelassen wurde[269]). Justus Meier[270]) verlangt wenigstens, „ut possessor quod alterius nomine constituit possidere, rem restituere possit".

Der Konstitutar hat die Erklärung des Veräusserers zu genehmigen und zwar muss dies zu einer Zeit geschehen, in welcher der Konstituent sich noch im Besitze befindet. Ist der Konstituent inzwischen dejiziert worden oder hat er den Besitz einem andern eingeräumt oder ist er gestorben, so ist das Konstitut ohne Wirkung[271]). Vor Augen braucht der Erwerber das Traditionsobjekt nicht zu haben. Die entgegengesetzte Meinung vertritt Anton Faber[272]), ihrer Begründung widmet er eine ganze Dekade seiner errores. Nachdem er ausgeführt hat, dass die traditio ficta keine grössere Kraft haben könne als die traditio vera, für diese aber die Präsenz des Veräusserungsobjekts selbstverständlich sei[273]), argumentiert er weiter: Auch beim constitutum müsse dem Besitzerwerbe des neuen Besitzers die Besitzaufgabe des alten voraufgehen, sei diese aber erfolgt, so komme der bisherige Besitz des Veräusserers für den Erwerb des Konstitutars nicht mehr in Betracht, massgebend sei dann nur das Verhältnis dieses letzteren zur Sache. Wenn ein constitutum possessorium rerum absentium möglich wäre, so hätten es sicherlich auch die römischen Juristen anerkannt, da von ihnen ja alles gethan sei, „ut quibuscumque potuerunt modis facilem

---

[269]) Vgl. Codex Fabrianus lib. VII, 7 def. 25 S. 813, def. 32 S. 815.

[270]) Lib. 41,2 nr. 16 S. 925.

[271]) Vgl. vor allem Tiraquellus p. III lim. 30 S. 160 flg.

[272]) De erroribus, p. III dec. 75 S. 573 flg.

[273]) Siehe oben S. 182.

redderent possessionis acquisitionem, quod publica commerciorum utilitas id exigere maxime videretur, violatis etiamsi quando esset opus regulis juris". Sie hätten ein derartiges Konstitut indessen verworfen, das beweise l. 47 D. d. R. V.; sonst hätten sie dem Kläger hier keine Kaution aufzuerlegen brauchen. „An non erat expeditius, ut actor hic juberetur constituere se possessoris nomine possidere, quam ut ei cavere cogeretur?" Auf den Einwurf, dass, wenn zum Besitzerwerbe durch constitutum possessorium praesentia des Traditionsobjekts erforderlich wäre, die Konstitutserklärung rechtlich überflüssig sein würde, antwortet Faber, dass die Präsenz allein niemals zum Besitzerwerbe genüge, dass sich mit ihr vielmehr stets eine die Traditionsabsicht dokumentierende Willenserklärung des Veräusserers verbinden müsse.

Auch zukünftige Sachen können nach der auch jetzt herrschenden Meinung durch constitutum possessorium übertragen werden, nur bedarf es beim constitutum omnium bonorum, wenn sich dasselbe auch auf den künftigen Erwerb des Konstituenten erstrecken soll, einer ausdrücklichen dahin gehenden Erklärung desselben[274]. Geleugnet wird die Zulässigkeit des Konstituts zukünftiger Sachen ausser von Faber[275] von Zasius[276], Mudaeus[277] und Augustin Barbosa[278]. Von keiner Seite wird bestritten, dass Rechte durch Konstitut tradiert werden können. Erwähnt wird die Veräusserung des Patronat- und Zehntrechts[279], der Ge-

---

[274]) Vgl. Alciatus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 18 Sp. 1249; Romulejus nr. 61 sq.; Menochius cons. 122 nr. 34, 54 (lib. II Bl. 72v, 73v); Tiraquellus p. II ampl. 32 S. 128 flg.; Fontanella S. 584; Gutierrez lib. V quaestio 25 nr. 28 S. 62.

[275]) De erroribus p. I dec. 4 err. 8 S. 99, 100.

[276]) Ad l. 3 § 2 D. h. t. l. c. S. 101.

[277]) Ad l. 1 § 1 D. pr. soc. l. c. S. 2.

[278]) L. c. nr. 39 S. 38.

richtsherrlichkeit[280]), die Bestellung des Niessbrauchs[281]), der Emphyteuse[281]), einer Prädialservitut[282]) — wobei jedoch Ausübung des Rechts durch den Besteller im Namen des Konstitutars verlangt wird — die Begründung eines Lehns[281]), nach Tiraquellus[281]) auch die Uebertragung der Ausübung eines Niessbrauchs. Forderungsrechte lässt Alciat[283]) als Gegenstand des constitutum possessorium nicht zu, während Tiraquellus[284]) und Menochius[285]) annehmen, dass ein constitutum omnium bonorum auch die Forderungsrechte des Konstituenten ergreife.

IV. Auch in der Frage nach den Rechtswirkungen des Konstituts zeigen sich keine sonderlichen Abweichungen von den Postglossatoren. Der vom Konstitutar erworbene Besitz ist possessio vera[286]), der Konstitutar hat deshalb die Besitzesklagen, insbesondere das remedium ex l. ult. C. d. adq. v. ret. poss., das ihm nicht nur gegen denjenigen gegeben wird, an welchen der Konstituent die Sache widerrechtlich veräussert hat, sei es durch körperliche Tradition, sei es durch ein zweites constitutum[287]), sei es dass der Erwerber gutgläubig[288]),

---

[279]) Vgl. Antonius Maceratensis, Variae practicabilium rerum resolutiones in tres libros digestae (Papiae 1616) lib. I res. 60 S. 111; Romulejus nr. 86.

[280]) Vgl. Alciatus ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 12 Sp. 1248; Menochius cons. 1279 lib. 13 Bl. 248; Pontanus l. c. S. 174 nr. 31; Schneidewin ad § 5 I. d. interd. 4, 15 nr. 110 Sp. 2431.

[281]) Vgl. Alciatus nr. 10 Sp. 1247; Tiraquellus p. II ampl. 33—36 S. 130—132.

[282]) Vgl. Alciatus l. c. nr. 11; Schneidewin an dem in Anm. 280 angegebenen Orte.

[283]) L. c. nr. 15 Sp. 1248.

[284]) P. II ampl. 32 nr. 23 S. 130.

[285]) Cons. 1249 (lib. 13 Bl. 169).

[286]) Die abweichenden Ansichten von Vaconius a Vacuna, Tiraquellus, Romulejus und Galvanus sind bereits (S. 169) erwähnt worden.

[287]) Vgl. Menochius, De adipiscenda, retinenda et recu-

sei es dass er schlechtgläubig war, sondern auch gegen den Konstituenten selber, wenn derselbe sich weigert, die Sache herauszugeben [289]). Das beneficium excussionis kann gegen dieses Rechtsmittel nicht vorgeschützt werden. Anderer Ansicht ist nur Faber [290]). Eigenmächtig in den von einem Dritten eingenommenen Besitz zu dringen, ist dagegen dem Konstitutar nicht gestattet, er macht sich sonst eines Spoliums schuldig [291]). Ja auch den Konstituenten darf er nicht selber vertreiben, er muss das richterliche Urteil über die Erheblichkeit der vom Konstituenten erhobenen Einwendungen abwarten [291]). Dass beim Verkaufe derselben Sache an mehrere hintereinander das ältere Konstitut der jüngeren körperlichen Tradition vorgeht, wird auch jetzt übereinstimmend anerkannt. Nur Corasius [292]) schwankt und neigt der entgegengesetzten Annahme wenigstens für den Fall zu, dass die clausula constituti mehr „ex tabellionum more“ als „ex contrahentium voluntate“ dem Veräusserungsvertrage angefügt ist, zumal wenn der Veräusserer des Rechts unkundig, z. B. „minor, mulier aut rusticus“ ist.

---

peranda possessione commentaria (Genev. 1629) de recuper. poss. rem. XIV nr. 24 sq. S. 439 flg.

[288]) Siehe Zoanettus, Quotidianarum rerum liber, cap. 49 S. 431 flg. Anderer Ansicht ist Faber (dec. 4 err. 3 S. 89), ohne indessen auch nur bei seinem eigenen Gerichtshofe durchzudringen (vgl. Codex Fabrianus VIII, 3 def. 34).

[289]) Menochius cons. 944 nr. 1.

[290]) An dem in Anm. 288 angegebenen Orte, sowie in decas 5 err. 6 S. 116. Vgl. andererseits Tiraquellus p. I nr. 54 S. 114; Menochius an dem in Anm. 287, Zoanettus an dem in Anm. 288 angegebenen Orte, sowie der Codex Fabrianus lib. VII, 7 def. 37 S. 817; Gaill l. c. lib. II obs. 27 nr. 31—32 S. 334.

[291]) Vgl. Fontanella S. 585; Codex Fabrianus lib. VII, 7 def. 18 S. 811, lib. VIII, 3 def. 33, 34 S. 962, def. 35 S. 963. A. A. Tiraquellus p. I nr. 37 sq. S. 112, 113.

[292]) Ad l. 15 C. d. R. V. nr. 15 l. c. S. 193.

Zweifel herrscht unter den Juristen der Renaissancezeit darüber, ob der Verkäufer seiner Traditionspflicht schon durch eine Konstitutserklärung genüge, oder ob er dem Käufer die Detention des Kaufobjekts verschaffen müsse[293]. Manche, wie Zasius, Schneidewin, Oldendorp, Mudaeus und Faber[293a], nehmen hier an, dass die Kaufklage durch das constitutum absorbirt sei, und dass dem Käufer, um sich die Detention zu verschaffen, nur die dingliche Klage übrig bleibe, stellen also auch hier das constitutum der körperlichen Tradition gleich. Dass, wenn der Veräusserungsvertrag simuliert ist, auch das constitutum possessorium nichtig ist, folgt aus seiner Natur als Accessorium des Hauptvertrages. Es fragt sich aber, wann der Veräusserungsvertrag als simuliert gilt, ob er schon dann als simuliert gilt, wenn der bisherige Besitzer noch nach demselben scheinbar den Besitz fortsetzt. Nur wenige haben sich hierüber geäussert, so weit sich sehen lässt, ausser Tiraquellus[294], der aber nur referiert, Alciatus[295], Cravetta[296], Menochius[297], Mascardus[298], Johannes

---

[293] Vgl. über die Frage Tepatius tit. 354 c. 6 S. 57.

[293a] Zasius ad l. 58 D. d. pact. (operum tom. I, commentaria seu lecturas in titulos primae Pandectarum partis, quod vulgo Digestum vetus vocant, complectens, Franc. 1591 S. 269); Schneidewin ad § 28 I. d. act. 4, 6 nr. 26, ad § 4 I. d. int. 4, 15 nr. 49 Sp. 1980, 2364; Oldendorp, Tabula actionum cotidianarum, operum tom. II (Basil. 1559) S. 728; Mudaeus ad l. 58 D. d. pact. S. 163; Faber decas 96 err. 10, pars IV S. 781.

[294] P. III lim. 9 S. 148 flg.

[295] Ad l. 15 D. d. don. nr. 43 sq. Sp. 1180, 1181, ad l. 1 § 4 D. h. t. Sp. 1210.

[296] Cons. 156 nr. 10 S. 301.

[297] Cons. 430 nr. 34 (liber V Bl. 68v), cons. 1095 nr. 2 (lib. XI S. 284), de arbitrariis judicum quaestionibus (Genev. 1671) lib. 2 cas. 39 S. 174 flg., de praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis commentaria (Genev. 1670) tom. I lib. 3 praes. 122 nr. 110 S. 528, praes. 124 nr. 30 sq. S. 534.

[298] Concl. 559 vol. II S. 126, concl. 1179 vol. III S. 436.

Borcholten[299]) und der Codex Fabrianus[300]) und nicht durchweg in klarer Weise. Ihre Ansicht scheint dahin zu gehen, dass das Verbleiben des Veräusserers im Besitze nur dann die Vermutung der Simulation rechtfertige, wenn es entweder längere Zeit dauert — Mascardus fordert drei Jahre — oder wenn mit demselben noch ein anderer verdächtiger Umstand zusammentrifft, z. B. die Veräusserung unentgeltlich erfolgt ist, oder „inter personas prohibitas aut suspectas" oder „in conjunctam personam" oder „lite pendente". Die erstere Simulationspräsumtion wird durch das constitutum possessorium beseitigt[301]), und zwar auch dann, wenn eine causa detentionis nicht vorliegt[302]), auf die zweite hat das constitutum possessorium dagegen keinen Einfluss und zwar auch dann nicht, wenn ihm eine causa detentionis zu Grunde liegt. Den simulierten Geschäften werden fraudulose gleichgestellt.

V. Die Aufhebungsgründe für den durch constitutum possessorium erworbenen Besitz decken sich nicht ganz mit den allgemeinen Gründen der Beendigung des Besitzes. Dass der Besitz durch den Tod des Konstituenten dem Konstitutar nicht verloren geht[303]), entspricht den allgemeinen Grundsätzen. Doch nehmen Antonius Maceratensis[304]) und Gutierrez[305]) das Gegenteil an.

---

[299]) Consilia seu responsa juris (Helmst. 1600) cons. 29 S. 408.

[300]) Lib. IV, 17 def. 5 S. 355, 356, def. 6 S. 356.

[301]) A. A. ist anscheinend Menochius in den in Anm. 297 aufgeführten beiden Konsilien, nicht in der Abhandlung de arbitrariis judicum quaestionibus, sehr zweifelhaft praesumptio 124.

[302]) Vgl. besonders Alciatus l. c. nr. 45.

[303]) So Gratianus cap. 172 nr. 17 vol. I S. 414; Tiraquellus p. II ampl. 13 S. 121, 122; Chassenaeus Sp. 898; Anton Faber dec. V err. 2 S. 110; Codex Fabrianus lib. VII, 7 def. 27 S. 814, def. 39 S. 817 flg.; Gomez l. c. nr. 89 S. 279; Oroz lib. IV cap. 12 nr. 18 S. 333; Althusius cap. 19 nr. 63 S. 69.

[304]) Lib. II res. 5 S. 266.

Cravetta verteidigt in einem consilium[306]) die erste Meinung schlechthin, in einem anderen[307]) dagegen nur für den Fall, dass der Veräusserer das Konstitut auch für seine Erben erklärt hat. Von einer Anzahl von Autoren — und zwar wohl von allen, die sich über diese Frage überhaupt geäussert haben — wird nun aber angenommen, dass auch durch den Tod des Konstitutars der Besitz nicht erlischt, vielmehr auf die Erben desselben übergeht. Menochius[308]), Cravetta[307]), Romulejus[309]), Peregrinus[310]), Tiraquellus[311]), Chasseneuz[312]), Augustin Barbosa[313]), Althusen[314]), Frider Mindanus[315]) und der Codex Fabrianus[316]) sind als Vertreter dieser Ansicht zu nennen; doch verlangen Cravetta, Chasseneuz und Frider eine ausdrückliche Erwähnung der Erben in der Konstitutserklärung. Einige der Genannten berufen sich auf die l. 12 § 1 D. d. prec. 43, 26. Der tiefere Grund der hier angenommenen Vererblichkeit des durch constitutum erworbenen Besitzes liegt aber in der Vertragsnatur des Konstituts, wie dies klar bei Menochius

---

[305]) Practicae quaestiones, lib. I quaestio 90 nr. 12, 13 (operum tom. I S. 84), consiliorum sive responsorum juris vol. unum, cons. 47 nr. 10 (operum tom. 13 S. 133).

[306]) Cons. 890 pars V S. 217.

[307]) Cons. 437 pars III S. 341.

[308]) Cons. 139 nr. 30 (lib. II Bl. 107 v), cons. 733 nr. 10 s (lib. VIII Bl. 110).

[309]) L. c. nr. 30 sq.

[310]) L. c. nr. 68 S. 151.

[311]) P. II ampl. 12 S. 121.

[312]) L. c. Sp. 900.

[313]) L. c. S. 32.

[314]) An dem in Anm. 303 angegebenen Orte.

[315]) Cap. XI nr. 42 sq. S. 92 flg., commentarii theoretico-practici de interdictis XXIX nr. 34 S. 489.

[316]) An dem in Anm. 303 angegebenen Orte. Der Satz: Le mort saisit le vif spielt hierbei keine Rolle. Vgl. über die ganze Frage auch Tepatius l. c. tit. 354 cap. 1.

hervortritt, wenn er sagt[317]: „Cum pactum et stipulatio pro aliquo simpliciter facta comprehendat etiam ejus haeredes . . . et in specie constitutum simpliciter pro donatario et similibus factum a donante censeri factum etiam pro ipsius donatarii haeredibus, ut scilicet in eos transeat ipsa vis constituti."

Von einem Erlöschen des mittels Konstituts erworbenen Besitzes durch Ablauf von zehn Jahren ist auch in dieser Periode die Rede. Ueber die Einzelheiten herrscht indessen auch jetzt keine Einigkeit. Tiraquellus[318]) zählt von der Konstitutserklärung ab. Dasselbe gilt von zwei Konsilien[319]) des Menochius, in einem dritten[320]) beginnt die Frist dagegen erst mit dem Tode des Konstituenten. Nach dem Codex Fabrianus überdauert der durch constitutum erworbene Besitz nur dann den Zeitraum von zehn Jahren, wenn der Konstituent den Besitz doloserweise auf einen dritten übertragen hatte, wo dem Konstitutar die condictio ex l. ult. C. h. t. während dreissig Jahre zusteht[321]). Gutierrez[322]) versteht die in Rede stehende Beendigungsart des Besitzes von dem Falle, „si possessio illo tempore penes tertium sit cum patientia et negli-

---

[317]) Cons. 733 nr. 10.

[318]) P. III lim. 21 S. 157 flg.

[319]) Cons. 701 nr. 13 (lib. 8 Bl. 3), cons. 1095 nr. 8 (lib. 11 S. 285).

[320]) Cons. 139 nr. 28 (lib. 2 Bl. 108 v). Menochius widerspricht sich in seinen, allerdings 13 Foliobände füllenden Konsilien nur gar zu oft. Er folgt bald dieser, bald jener Lehrmeinung, welche nun eben dem Konsulenten am erspriesslichsten ist. Im consilium 701 behauptet er ganz keck, um die in Rede stehende Verjährung zu begründen, dass durch die clausula constituti nur possessio civilis übergehe, eine Ansicht, die er in mindestens einem Dutzend anderer Konsilien durchaus perhorresziert.

[321]) Lib. VII, 7 def. 10 S. 809, def. 22 S. 812, def. 27 S. 814, def. 39 S. 818.

[322]) Quaestio 90 nr. 13 S. 84.

gentia creditoris". Antonius Maceratensis[323]) und Johannes Aloys Ricius[324]) erklären nur ganz kurz, dass der durch constitutum erworbene Besitz in zehn Jahren erlösche.

VI. Als „Leugner alles Konstituts" ist von jeher Hubertus Giphanius betrachtet worden. In letzter Zeit hat man ihm aber diesen Titel abgesprochen und ihn zu einem Ahnherrn der heutzutage leider verbreiteten Theorie von der causa detentionis gemacht[325]). Sehr mit Unrecht. Giphanius spricht vom constitutum vornehmlich bei Gelegenheit einer in den lecturae Altorfinae enthaltenen Erläuterung der l. 10 C. d. don.[326]). Er fragt hier, auf welche Weise ein Grundstück einem Abwesenden schenkungsweise übereignet werden könne, und findet, dass dies ausschliesslich im Wege der traditio brevi manu möglich sei. „Et hic modus in re immobili est necessarius, quia res immobilis absenti tantum hoc modo donari potest, nempe si donatarius jam sit in possessione." Damit ist das constitutum possessorium sowohl mit wie ohne causa detentionis als selbständiger Eigentumsübertragungsmodus geleugnet; der Erwerber muss stets bei der Sache gegenwärtig sein. Dies muss man bei den folgenden Erörterungen des Giphanius im Auge behalten. Er sagt hier: nach den Glossatoren könne noch auf eine andere Weise Besitz und Eigentum einem Abwesenden zu teil werden, nämlich durch constitutum possessorium, es sei dies jedoch ein „figmentum Glossographorum". Die l. 18 Pr. D. h. t. beweise seine Existenz im römischen Recht nicht. Wenn in dieser Stelle davon die Rede sei, dass ich das,

---

[323]) L. c. S. 266.

[324]) Zu Mascardi conclusiones 1218 vol. III S. 573. Vgl. über die Frage auch Tepatius tit. 354 cap. 6 S. 56.

[325]) Harburger S. 8 flg.

[326]) S. 119, ausserdem ad l. 18 Pr. D. h. t., das. S. 474, welche Stelle zu abweichenden Resultaten nicht führt.

was ich bisher für mich besessen habe, auch für einen anderen besitzen könne, so geschehe dies doch nicht durch das constitutum possessorium, vielmehr z. B. dann, wenn mein Vertreter sein eigenes Grundstück an mich veräussert, dann aber weiter als mein Vertreter auf demselben bleibt, oder wenn mir jemand seine Sache verkauft, dieselbe aber als mein Mieter, Prekarist oder Niessbraucher auch fernerhin innebehält. Der Gedanke, Giphanius verwerfe hier nur das ausdrückliche Konstitut, schwindet, wenn man den Eingang seiner Erörterungen im Gedächtnisse behalten hat. Man muss annehmen, dass er bei seinen Beispielen an den Fall denkt, dass sich der Erwerber in unmittelbarer Nähe des Objekts befand, oder an den, dass das Objekt zunächst von dem Erwerber körperlich ergriffen und dann auf den Veräusserer körperlich zurückübertragen wurde. Dass Giphanius dies meint, geht auch aus dem Folgenden hervor, wo er sagt, das constitutum possessorium sei „contra rationem juris", „quae requirit naturalem sive corporalem apprehensionem in possessionis acquisitione[327]". Nicht widersprechend ist der Schluss seiner Ausführungen, wo er das constitutum deswegen verwirft, weil fehle das bei der traditio ficta sonst vorhandene „supplens naturalem et corporalem traditionem, ut conductio, ut precarium, ut retentio usus fructus, rei demonstratio, ut clavium traditio." Aus diesem Satze lässt sich nur folgern, dass Giphanius ein ausdrückliches Konstitut auch dann, wenn sich das Objekt in unmittelbarer Nähe des Erwerbers befindet, zur Besitzübertragung nicht für genügend erachtet, ein Resultat, durch welches die Annahme, dass er auch das still-

---

[327]) Vgl. auch ad l. 18 Pr. D. h. t.: „At possum alieno nomine id possidere, quod meo nomine ante possidebam, nempe si desinam ipse possidere et alteri possessionem tradam, ita tamen ut illius nomine ego rem eandem retineam."

schweigende Konstitut als selbständigen Besitzerwerbsmodus geleugnet hat, nicht erschüttert wird. Anhänger hat Giphanius nicht gefunden[328]).

§ 5.

Resultat.

Ziehen wir das Fazit der bisherigen Darstellung, fragen wir, welchen Fortschritt hat unsere Lehre unter den Händen der Theoretiker der Renaissancezeit gemacht, so kann die Antwort nicht besonders befriedigend ausfallen. Es ist so ziemlich alles beim Alten geblieben. Die hochmütigen Humanisten, die so wegwerfend von den Postglossatoren sprechen, sind ganz und gar die Wege ihrer Vorgänger gewandelt. Die grob sinnliche Auffassung der Apprehension, der Verzicht auf diese Apprehension für den Fall der Tradition, die daraus resultierende Unterscheidung zwischen eigentlicher und uneigentlicher Tradition, die Charakterisierung der letzteren, die Lehre vom constitutum possessorium, in allem stimmen die Schriftsteller der Renaissancezeit mit den Postglossatoren überein. Wir sahen die Postglossatoren auf dem Wege zur Succession in den Besitz, sind die Juristen der Renaissancezeit auf diesem Wege verblieben? Von Donellus und seinen Nachfolgern abgesehen, allerdings. Freilich wird das Erfordernis einer rechtsgültigen causa auch für den Besitzübergang durch traditio ficta im allgemeinen nur noch für das constitutum possessorium aufrechterhalten. Doch wird dieses Manko ausgeglichen durch die häufigere Verwendung der Repräsentationsidee, insbesondere zur Aufstellung von Besitzerwerbsfällen, welche das corpus juris civilis nicht kennt,

---

[328]) Von seinen Zeitgenossen vgl. gegen ihn vornehmlich Hilliger, Donellus enucleatus, Note a zu lib. V cap. 10 S. 279.

und welche sich in die Potestas- oder Custodia-Theorie durchaus nicht einfügen lassen, sowie durch die, allerdings nur vereinzelt auftauchende Identifizierung des zur Tradition erforderlichen körperlichen Aktes mit der Erklärung des Traditions- und Erwerbswillens. Einen Schritt vorwärts auf dem Wege zur Besitzessuccession bedeutet die von einigen ausgesprochene, von keinem bestrittene Vererblichkeit des durch constitutum possessorium erworbenen Besitzes. Freilich wird die Idee einer Succession in den Besitz von mehreren Seiten ausdrücklich abgelehnt. So sagt Peregrinus[329]): „Possessio autem quae erat penes autorem, eadem non transit in successorem suum universalem aut particularem: nam ... alia est possessio autoris, alia successoris singularis, veluti emptoris, donatarii ... nimirum: nam alia est pedum positio unius, alia est pedum positio alterius, nam factum unius non est factum alterius"; an einer anderen Stelle[330]): „Non tamen intelligas, ut eadem possessio, quae erat penes tradentem, acquiratur acceptori; nam alia est possessio unius diversa a possessione alterius, quia cum possessio consistat in facto corporis et animi et factum unius non possit esse factum alterius"; an einer dritten[331]): „Possessio unius non est nec potest esse possessio alterius etiam sui successoris universalis ... ob illam rationem quia possessio est facti et animi: constat autem quod factum et animus unius non est nec potest esse factum et animus alterius ... et est nova possessio in substantia etiam in filio suo herede." Bei Zoanettus[332]) heisst es: „Et haec acquisita possessio non est eadem, quam primo possidens habebat, sed aliam quidem novam esse omnes addicunt." Dagegen verkündet Ma-

---

[329]) Super possessione et proprietate nr. 13 S. 112.
[330]) Nr. 30 S. 117.
[331]) Ad cap. ex litteris de cons. nr. 39 S. 145.
[332]) Verbi de acquirenda interpretatio (opera omnia S. 127).

ranus[333]) als Prinzip der uneigentlichen Tradition die Succession: „Qui possessionem recipit, eam nanciscitur per suam apprehensionem, non per traditionem cedentis, nisi cum oculis et affectu possessio quaeritur.“ Also der „oculis et affectu“ erfolgende Besitzerwerb ist kein originärer, er beruht auf der Tradition des Vorbesitzers. Dies nennt man aber Succession. Ferner rechtfertigt eine ganze Reihe von Autoren ihr Verlangen, dass der durch uneigentliche Tradition den Besitz Einräumende selber Besitzer sein muss, mit der l. 54 D. d. R. J.: „Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet“, einem der Fundamentalsätze des Successionsprinzips, und den Anfangsworten der l. 20 D. d. A. R. D.: „Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit.“ Es finden sich solche Allegate bei Alciatus[334]), Cravetta[335]), Mascardi[336]), Chasseneuz[337]), Rebuffi[338]), Corasius[339]), Tiraquellus[340]), Faber[341]), Obrecht[342]), Cludius[343]) und endlich auch bei dem Leugner der Besitzessuccession, Peregrinus[344]).

---

[333]) Tractatus de acquir. v. amitt. poss. ad l. 1 vers. dominiumque rerum (opera omnia seu paratitla Digestorum et varii tractatus juris civilis. Traj. ad Rhen. 1741 S. 600).

[334]) Ad l. 18 Pr. D. h. t. nr. 13 Sp. 1248.

[335]) Cons. 846 nr. 1 pars. 5 S. 152.

[336]) Concl. 1218 S. 572.

[337]) L. c. Sp. 898.

[338]) L. c. nr. 71 sq. S. 705.

[339]) Ad l. 1 D. h. t., operum tom. I S. 928.

[340]) P. III lim. 1 nr. 2 sq. S. 133.

[341]) Codex Fabrianus, Note 5 und 18 zu lib. III, tit. 22 def. 1.

[342]) Tractatio tituli D. e. C. d. acquir., retin. et amitt. poss. cap. 11 nr. 422.

[343]) L. c. cap. I nr. 66 S. 26.

[344]) Ad cap. ex litteris d. cons. nr. 7 S. 139, nr. 63 S. 150, nr. 69 S. 151.

Hiernach wird man sagen dürfen, dass die Theorie der Renaissancezeit nicht nur nicht einen Bruch in der Entwickelung der Lehre vom corpus acquirendi herbeigeführt hat, sondern dass sie auf dem von den Juristen des Mittelalters eingeschlagenen, zur Succession in den Besitz führenden Wege sogar noch eine, wenn auch geringe Strecke vorwärts gegangen ist.

Kapitel II.

Die Theorie des usus modernus Pandectarum.

Während die deutsche romanistische Theorie des Reformationszeitalters jeder nationalen Eigentümlichkeit entbehrt und sich um das zu ihrer Zeit in Deutschland tatsächlich geübte Recht nicht kümmert, wendet die Richtung des usus modernus Pandectarum [1]), die in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts vornehmlich unter der Führerschaft Benedict Carpzov's aufkommt und bald zur Herrschaft gelangt, sich dem in Deutschland wirklich geltenden, römische und germanische Bestandteile enthaltenden Rechte zu und macht dieses zum Gegenstande litterarischer Bearbeitung. Diese Richtung ist also auch ihrem Stoffe nach eine deutsche, von fremdländischen Autoritäten, von denen sie ja keine Förderung ihrer Bestrebungen erwarten kann, lässt sie sich nicht beeinflussen. Für die Zeit des usus modernus ist daher eine Beschränkung der Darstellung auf die deutsche romanistische Theorie gestattet.

Die Tendenzen des usus modernus sind praktische. Doch waren zur Zeit seiner Herrschaft auch einige Männer litterarisch tätig, die sich durchaus als Nach-

---

[1]) Vgl. über dieselbe vor allem die Ausführungen von Stintzing, Geschichte der Rechtswissensch. Abt. II S. 8 flg.

folger der Humanisten darstellen, so Strauch[2]) und Frantzke[3]) und mehrere Niederländer. Sie von ihren Zeitgenossen zu trennen und zum Gegenstande gesonderter Betrachtung zu machen, erscheint indessen schon an und für sich als unzweckmässig, in unserer Materie aber mangels erheblicher Abweichungen von der Theorie des eigentlichen usus modernus geradezu als verkehrt.

Die Herrschaft des usus modernus währt bis zum Erblühen der historischen Schule, sein Todesjahr ist das Jahr 1803, in welchem Savignys Recht des Besitzes erschien.

Neben dem usus modernus geht nun aber in der deutschen Jurisprudenz des 17. und 18. Jahrhunderts noch eine andere wissenschaftliche Richtung einher, die der Naturrechtsschule. Diese Richtung, zu deren Vertreter auch Männer gehören, die als Häupter des usus modernus hervorragen, hat auf die Traditionslehre des letzteren mannigfach eingewirkt, eine besondere naturrechtliche Theorie der traditio ficta hat sich indessen nicht gebildet. Der Grund liegt in dem Satze, dass es nach Naturrecht zur Uebereignung der Tradition überhaupt nicht bedarf. Ein Kapitel für sich kann daher die Naturrechtsschule nicht beanspruchen, ihrer Lehren ist nur im Zusammenhang mit der Darstellung der Theorie des usus modernus zu gedenken.

§ 1.

Die Grundlagen.

Die grosse Mehrheit der Schriftsteller des usus modernus geht in der Besitzerwerbslehre von denselben Grundanschauungen aus wie die frühere Jurisprudenz: Der Besitz wird erworben animo et corpore. Die körper-

---

[2]) Vgl. Stintzing S. 238.

[3]) Das. S. 265.

liche Handlung, die Apprehension, besteht in einem Ergreifen bei beweglichen, in einem Betreten bei unbeweglichen Sachen. Neben dieser wirklichen Apprehension gibt es noch einige andere Tatbestände, bei deren Vorliegen der Besitz ebenfalls als erworben gilt, indem das Recht hier die Apprehension als geschehen fingiert. Damit haben wir wieder den Begriff der apprehensio ficta. Sie reicht nur dann aus, wenn der Besitzerwerb mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgt. In diesem Falle ist eine traditio ficta vorhanden, welche ihr Monograph Andreas Frommann[4]) so definiert: „Quasi seu ficta traditio est modus juris gentium, quo mutua voluntatê ex justa causa, qua utrimque id actum fuit, rerum dominia et jura quaelibet certa quadam sed alia quam corporali translatione aut apprehensione, quae tamen juris intellectu pro tali habetur, acquiruntur.“ Ihr Aufkommen verdankt sie den Bedürfnissen des Verkehrs „ut majoris utilitatis vel commoditatis gratia expeditior esset commerciorum usus“ [5]). Anders wird die Entstehung der traditio ficta in den Inauguraldissertationen von Dozen[6]) und Wissel[7]) erklärt: Sehr oft sei es aus irgend einem Grunde unmöglich, die ver-

---

[4]) De ficta seu quasi traditione (resp. E. Fr. Schnepff Tub. 1662) th. 3.

[5]) W. A. Lauterbach, Collegii theoretici-practici pars III (ed. nova Tub. 1743) lib. 41, 1 § 66 S. 163, vgl. auch dissertationes academicae vol. I (Tub. 1728) disp. VII de alienatione rerum quae minorum sunt (resp. J. S. Nördlinger) th. 19; Frommann th. 9—11; Vinnius, In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius, tom. I (Ven. 1761) ad § 44 d. R. D. S. 221; Otto, Commentarius et notae criticae ad Justiniani Institutionum libros IV (Franc. et Lips. 1743) ad §§ 44, 45 I. d. R. D. S. 198, 199. Nur die commoditas hebt Simon van Leeuwen, Censura forensis theoretico-practica p. 1 (Amstel. 1685) lib. II cap. 7 S. 101 hervor.

[6]) Eberh. Dozen, Discursus inauguralis de constituto possessorio (Basil. 1651) th. 26—28.

[7]) Joach. Wissel, Dissertatio inauguralis juridica de constituto possessorio (Strassb. 1656) th. 8.

äusserte Sache sogleich körperlich zu übergeben. So lange diese Art der Tradition allein bestanden habe, sei dann der Käufer schlecht daran gewesen. Denn der Veräusserer habe die Möglichkeit gehabt, die Sache einem anderen zu tradieren, der dann dem ersten Käufer vorgegangen sei. Um dem Veräusserer diese Gelegenheit, seinen Mitkontrahenten zu benachteiligen, zu nehmen, seien die traditiones fictae erfunden worden.

Dies die Grundlagen der Besitzerwerbslehre der communis opinio. Es finden sich aber auch abweichende Ansichten.

Mehrere, durchweg der späteren Zeit des usus modernus angehörige Autoren fassen den Apprehensionsbegriff erheblich spiritualistischer. Nettelbladt[8]), Dabelow[9]), der Verfasser des praktischen Kommentars über die Pandekten nach dem Lehrbuch von Hellfeld[10]) und Höpfner[11]) erblicken das Princip des corpus acquirendi in der Erlangung des physischen Vermögens, über die Sache zu verfügen. Durchgeführt wird dieses Prinzip bei keinem. Nettelbladt erklärt ausdrücklich, dass seine Begriffsbestimmung auf den Erwerb durch Tradition nicht passe. Die drei anderen Autoren erkennen eine symbolische Tradition an. Hellfeld[12]) verlangt ein „factum, quo quis rem in suam redigit potestatem", nimmt aber ebenfalls eine symbolische Tradition an. Spangenberg[13]) definiert die Ap-

---

[8]) Systema elementare jurisprudentiae positivae Germanorum communis generalis (Hal. 1781) § 529 S. 329.

[9]) Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts Teil I (Halle 1803) § 75 S. 80.

[10]) Teil 15 (Leipz. 1804), Buch 41, 2 S. 489.

[11]) Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen (8 A. von Ad. Dietr. Weber, Frankf. a. M. 1833) § 282 S. 207.

[12]) Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem in usum auditorii proposita (Jenae 1801), lib. 41, 1 §§ 1747, 1749 S. 800.

prehension als „die Handlung, wodurch derjenige, welcher einen Besitz erwerben will, die Sache in seine Gewalt bringt". Auch er verwertet indessen diese Begriffsbestimmung nicht genügend. Denn er erklärt die Uebereignung durch Niederlegung im Hause des Erwerbers damit, dass „hier durch die Lage und Verbindung mit andern meiner Gewalt unterworfenen Sachen eine mittelbare Berührung sich denken lässt", und hält an dem Begriffe der traditio ficta fest. Schmalz[14]) lässt den Besitz erworben werden „durch jede Handlung, wodurch wir mit dem Willen, die Sache allein zu gebrauchen, uns in eine Lage setzen, worin uns dies physisch möglich ist". Daneben kennt er aber auch eine adprehensio ficta, eine Handlung, die als Besitzergreifung angesehen wird, ohne es wirklich zu sein. Auf einer weit höheren Stufe als die vorgenannten steht Ernst Christian Westphal[15]). Er verlangt zum Besitzerwerbe, dass man sich durch körperliche Handlung in eine solche Lage zur Sache setzt, „dass man darüber schalten kann und sie in seiner Gewalt hat". An der Hand dieser Begriffsbestimmung betrachtet er dann die Fälle der sogenannten traditio ficta und gelangt zu dem Resultate, dass von einer Fiktion keine Rede sein könne, weil auch hier eine Besitzergreifung in seinem Sinne vorliege. Mit der instrumentalis traditio findet er sich durch die Unterstellung der praesentia des Veräusserungsobjekts

---

[13]) C. F. W. v. Spangenberg, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz (Bayr. 1794) § 34 S. 58, vgl. auch § 28 S. 44, § 30 S. 48, § 34 S. 57, § 35 S: 60, 61.

[14]) Handbuch des römischen Privatrechts (2 A. Königsb. 1801) § 197 S. 79.

[15]) Rechtliche Abhandlung von der Uebergabe und Belehnung (Halle 1779) § 2 S. 4, § 4 Anm. a S. 5, § 5 S. 6, § 9 S. 9. Weniger konsequent: System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigentum und Verjährung (2 A. Leipz. 1803) Teil II Kap. 4 Sekt. 2 M. 1 § 118 S. 94, § 132 S. 109, § 133 S. 110, § 134 S. 112, 113.

ab. Er verkennt aber nicht, dass der Besitzbegriff in Rom nicht zu allen Zeiten derselbe gewesen ist, dass er eine Entwickelung durchgemacht hat. Die „eingeschränkte Denkungsart der ersten Zeiten“ nahm an, dass zu einem Besitze notwendig eine körperliche Berührung gehöre. Da man später aber fand, dass es unmöglich sei, „eine Sache, die man besitzen soll, beständig körperlich zu bebrüten“, so erweiterte man den Begriff des Besitzes und der Besitzergreifung. Die verschiedenen Arten der Uebergabe, welche das corpus juris civilis kennt, sind Anwendungsfälle dieses neuen Begriffes. Zu der sogenannten traditio longa manu haben „schwere Mobilien, die sich nicht leicht mit der Hand hinnehmen und aufheben lassen, . . . die erste Gelegenheit gegeben“.

Der Apprehensionsbegriff, von dem die aufgeführten Schriftsteller ausgehen, deckt sich ungefähr mit dem des Donellus, von dem im vorigen Kapitel gehandelt worden ist. Er ist indessen nicht aus Donellus entnommen. Seine Quelle ist vielmehr die Naturrechtslehre, insbesondere die Samuel Pufendorfs und Christian Wolfs. Der erstere fordert zum Besitzerwerbe, „ut res ita sub ipsius potestatem redigatur, quo actu de ipsa disponere queat“. Traditio ficta ist ihm nur die traditio brevi manu in dem unten anzugebenden Sinne[16]). Christian Wolf definiert die Apprehension als den „actus, quo quis rem redigit in eum statum, quo physice possibile est, ut de ea pro arbitrio suo instar domini disponat, consequenter quo eam redigit in potestatem suam animo sibi habendi“, und an einer anderen Stelle als den „actus, quo res redigitur in potestatem tuam seu quo redigitur in eum statum, quo tibi competit potentia physica de re pro arbitrio

---

[16]) De jure naturae et gentium libri octo (Francof. a. M. 1684), IV, 9 §§ 7, 9 S. 604, 606.

tuo disponendi", und die Tradition als den „actus dominium transferentis, quo res redigitur in eum statum, ut ei, in quem translatum dominium, competat potentia physica de re tamquam sua pro arbitrio disponendi seu dominium exercendi" [17]. Wolf bestreitet, dass es eine traditio ficta gebe, und zwar sowohl für das Naturrecht, wie für das positive Recht. Jede Tradition, auf welche seine Definition passt, ist traditio propria. Doch hat Wolf nichts dagegen, wenn der terminus: traditio ficta zu didaktischen Zwecken beibehalten wird, falls nur derjenige, der ihn gebraucht, sich davor hütet, „ne quod fictum dicitur, fictum esse dicat" [18].

Andere verwenden zwar ebenfalls die „potestas", aber nur zur Erklärung der Tradition, nicht der einseitigen Besitzergreifung. So zunächst die beiden Cocceji. Heinrich Cocceji [19] definiert die Tradition als „actus duorum, quo res ab altero in alterius potestatem et custodiam transfertur". Doch erkennt er den Begriff der traditio ficta und der traditio symbolica an. Konsequenter ist sein Sohn Samuel Cocceji [20]. Seine Begriffsbestimmung unterscheidet sich von der des Vaters nur dadurch, dass er die Worte „et custodiam" fortlässt. An einer anderen Stelle [21] erklärt er die Worte „ut res tradatur": „i. e. ita in nostra potestate con-

---

[17] Jus naturae methodo scientifica pertractatum P. III (Hal. 1743) cap. I § 33 S. 20. Vgl. auch P. II § 761 S. 549, P. III § 21 S. 11, § 24 S. 12, § 25 S. 13, 14.

[18] P. III cap. I § 79 S. 53.

[19] Hypomnemata juris ad seriem Institutionum Justiniani (Franc. a. M. 1698), lib. II, 1 nr. 55 S. 42; Hugonis Grotii De jure belli ac pacis libri tres cum . . . commentariis Henr. L. B. de Cocceji. Tom. II (Laus. 1751) cap. VI, I S. 346. Propositio 1 S. 347.

[20] Novum systema justiciae naturalis et Romanae (Berol. 1740) § 268 S. 324 flg. Vgl. auch Additiones zu Grotius S. 348, 518.

[21] Novum systema S. 330.

stituatur, ut quando lubet, corpore apprehendi possit.“ Zu den „fictae illae Romanorum traditiones“ nimmt er Stellung durch die Bemerkung, dass hier „ita in potestate nostra ponitur, ut capi possit, etsi actu non capiatur.“ Zur Uebereignung durch sogenannte symbolische Tradition ist erforderlich, „ut res in praesentia et in conspectu sit posita, vel symbolum tale detur, quo res in potestate nostra constituitur.“ Simon van Leeuwen[22]) sagt: „Dominium rei alienae citra actualem traditionem nudis et solis pactis non transfertur, quia nemo facto rem alterius acquirit, nisi potestati suae ita subiiciatur, ut eam acquirere possit.“ Auch er hält indessen an dem Begriffe der traditio ficta fest. Noodt[23]) fordert für die einseitige Besitzergreifung eine „naturalis detentio“. Als tradiert gelten Sachen schon dann, „modo si sub adquirentis custodia essent quocumque modo constituta“. Madihn[24]) bezeichnet die Tradition als „translatio possessionis seu actus quo efficimus, ut alter vi nostrae dispositionis potestatem physicam de re aliqua disponendi habere incipit“. Auch er kennt aber eine traditio ficta, „quae licet traditio in sensu proprio non sit, tamen secundum legis dispositionem eosdem operatur effectus ac si traditio vere peracta esset.“ Endlich ist hier Malblanc[25]) zu nennen, der nach Aufzählung der Fälle der traditio ficta betont: „Qui tamen casus fictae possessionis tum solummodo cum effectu applicantur, cum nullum plane adest impedimentum, quominus rem ipsam, quam primum lubet, naturaliter apprehendere.“

---

[22]) Censura forensis lib. II, 7 S. 100.

[23]) Probabilium juris civilis libri IV (opera omnia tom. I Col. Agr. 1763), lib. II cap. 6 nr. 5 S. 38.

[24]) Principia juris Romani in usum praelectionum systematice disposita. P. I (Franc. a. V. s. a.) § 59 S. 72.

[25]) Principia juris Romani secundum ordinem Digestorum. P. I (Tub. 1808) § 194 S. 232.

Wieder andere stellen zwar einen auch die Fälle der unkörperlichen Besitzergreifung umfassenden Begriff der apprehensio nicht auf, leugnen aber für alle diese Fälle oder wenigstens einige derselben, dass sie einer Fiktion ihre Entstehung verdanken. So vor allen Titius[26]), der nur eine traditio impropria[27]), keine

[26]) Disputationes juridicae varii argumenti (Lips. 1729) IV de fictionum Romanarum natura et inconcinnitate (resp. Henr. Crusio) § 13 S. 250, Juris privati Romano-Germanici libri XII (Lips. 1724) lib. I cap. 9 S. 94, lib. II cap. 4 §§ 37, 38 S. 203.

[27]) Die meisten Autoren verstehen unter traditio impropria die Besitzübertragung der unkörperlichen Sachen. (Vgl. Samuel Stryk, Disputatio de possessione instrumentali [resp. Gerh. Selle Oldenburg.] [Samuelis Strykii nec non ejus filii unici Johannis Samuelis Strykii opera omnia. Franc. e. Lips. 1744 tom. II, disp. 18] cap. 1; Joach. G. Daries, Institutiones jurisprudentiae privatae Romano-Germanicae [Jenae 1748] P. sp. sect. 2 med. 2 § 782 S. 384; Joh. Henr. de Berger, Oeconomia juris ad usum hodiernum accomodati [ed. VII Lips. 1771] lib. II tit. 2 th. 19 S. 186; Lüder Mencken, Tractatio synoptica Institutionum juris Justinianearum theoretico-practica [Lips. 1698], lib. II, 1 S. 54, Theoriae et praxeos Pandectarum opera et studio Gottfr. Lud. Menckenii factae pars II [Lips. 1715], lib. 41, 2 nr. 40 S. 1148; Jac. Friedr. Ludovici Doctrina Pandectarum [Hal. 1760], lib. 41, 1 § 29 S. 607), während andere (Joh. Schilter, Jurisprudentiae totius tam Romanae quam Germanicae privatae legitima elementa [Argent. 1698] p. I § 15 S. 22, p. II, II, 1 nr. 46 S. 158; J. G. Schaumburg [resp. J. H. Eyles] De traditione symbolica [Lips. 1746] cap. I § 7; Henr. Cocceji Hypomnemata lib. II, 1 S. 42 nr. 55; Malblanc, Principia P. I § 194 S. 232; Joh. R. Waldeck, Institutiones juris civilis Heineccianae emendatae atque reformatae [ed. IV Gott. 1806], II, 1 § 277 S. 180), hierfür den Ausdruck quasi traditio gebrauchen, und noch andere (Stryk [Selle] l. c.; G. Ad. Struve, Jurisprudentia Romano-Germanica forensis [ed. 18 Bamb. et Herb. 1767] lib. II, 1 § 60 S. 14; Joh. Balt. Wernher, Compendium juris [Lips. 1772] lib. II, 1 §§ 41—42 S. 46) traditio analogica sagen. Doch werden diese drei Bezeichnungen auch als gleichbedeutend mit traditio ficta angewandt. Vgl. Lauterbach, Collegium, lib. 41, 1 § 66 S. 163, disp. VII th. 19; Stryk, Disp. de investitura abusiva (resp. Joh. Frid.

traditio ficta kennt, und bemerkt: „Nulla opus est fictione, nam licet utique inter plures illos actus sit aliqua diversitas, attamen omnes sine ullo quaesito colore ex legum praescripto producendo juri sufficiunt." Rennemann[28]) spricht dem Erwerbe von Immobilien durch Ergreifung eines Teiles den Fiktionscharakter ab, z. B. „si gleba vel cespes ex agro tradendo decerpta detur adcipienti vel in aedibus tradendis janua aut ipsius cantharus vel corona captanda manibus adcipientis praebeatur". Eine traditio ficta ist dies nicht, „cum nihil hic fingatur: sed quod res est et quod requiritur, id agatur: ut res immobilis tradenda eo, quo per naturam potest, tradatur modo". Schilter[29]) sagt von der symbolica traditio, sie sei „aeque vera ac propria . . . atque naturalis". Stryk (Gunther)[30]) rechnet die Zeichnung des Veräusserungsobjekts zur propria traditio, „quod non aliud sed res ipsa traditur, quia difficulter movetur, exhibitione praesenti et actu significationis". Den Umstand, dass in der l. 14 D. d. P. e. C. das Wort „videri"

Gunther), operum vol. VIII (Franc. 1745) disp. 11 cap. 2 S. 174; Henr. Cocceji Hypomnemata, lib. II, 1 S. 42 nr. 56; Cornelius van Eck, Principia juris civilis secundum ordinem Digestorum (ed. II Traj. a. Rh. 1694), lib. 41, 1 nr. 43 S. 733; C. Chr. Hofacker, Principia juris civilis Romano-Germanici, tom. II (ed. II Tub. 1801), lib. IV cap. 2 tit. 1 § 940 S. 165; J. O. Westenberg, Principia juris secundum ordinem Digestorum (nov. ed. Berol. 1814) tom. II lib. 41, 1 § 155 S. 719.

Nettelbladt (Systema § 528 S. 328) gebraucht neben traditio ficta: traditio idealis. Von dem Ausdrucke quasi traditio sagt Frommann (th. 38): „Quasi tradere, stricte sumta hac voce, dominus dicitur vel patiendo, permittendo, ut quis rem per se capiat."

[28]) Jurisprudentiae Romano-Germanicae membrum II, commentarium de jure rerum exhibens (Arnst. 1651) disp. IX de traditione th. 11 S. 116 und Note c.

[29]) Codex juris Alemannici feudalis (ed. II Argent. 1728) cap. IV § 1 S. 142.

[30]) L. c. cap. 2 S. 175.

vorkommt, führt er zurück auf die „modestia illorum temporum“ und auf den „usus Platonicae et Academiae sectae“. Die Bescheidenheit der Cäsarenzeit! Ulrich Huber[31]), Berger[32]), Hellfeld[33]) und Dabelow[34]) lassen nur die traditio brevi manu — im heutigen Sinne — als traditio ficta gelten. Bei Huber bildet diese traditio ficta eine der beiden Spezies der traditio impropria, die andere Spezies ist die traditio symbolica. Begründet wird diese Unterscheidung durch die Erwägung: „quoniam ubi fictio locum habet, ibi nihil est gestum, sed in illis speciebus utique celebrati sunt aliqui licet improprii ac symbolici actus. Nihil geri et aliquid analogum geri sane toto genere differunt.“ Die sogenannte traditio longa manu ist ihm eine traditio vera, wenn auch insolita. Auch bei Berger ist die traditio ficta die eine der beiden Spezies der traditio impropria, die andere ist auch bei ihm die traditio symbolica, welche er mit der traditio longae manus identifiziert. Hellfeld stellt die traditio ficta der vera gegenüber, letztere zerfällt nach ihm in die traditio vera im gewöhnlichen Sinne, in die traditio symbolica und in die traditio longa manu. Dabelow endlich teilt die Tradition in vier Arten: die traditio vera s. naturalis, die traditio symbolica, die traditio longa manu und die traditio ficta. Daniel Clasen (resp. Albert Willebrandt)[35]) und Schaumburg (Eyles)[36]) subsumieren

[31]) Praelectionum juris civilis tomi III secundum Institutiones et Digesta Justiniani (ed. IV, Franc., Lips. 1749), P. I, lib. II, 1 nr. 57 S. 123, Digressiones Justinianeae (ed. III Franeq. 1696) lib. IV cap. 18 S. 339. Vgl. gegen ihn Stryk, De investitura abusiva cap. 2 S. 175.

[32]) Dissertationes juris selectae (Lips. 1707) disp. VII de differentiis juris personarum et rerum itemque in re et ad rem (resp. Gabr. Bluemichen) th. 4 Note b. S. 255.

[33]) L. c. lib. VI, 1 § 581.

[34]) L. c. Teil I § 75 S. 80.

[35]) De constituto possessorio (Helmst. 1677) Introitus.

unter die traditio ficta die traditio brevi manu und das constitutum possessorium, das Genus ist die traditio figurata resp. impropria, die Spezies desselben sind die traditio ficta und die traditio symbolica[37]. Die traditio longa manu betrachtet Schaumburg — Clasen spricht von ihr nicht — als eine traditio propria et vera, von der er im Gegensatze zur traditio ficta sagt: „Revera enim hic aliquid agitur, et actus quidam intervenit, cum tamen eo in casu, ubi aliquid factum esse fingitur, plane nihil agitur, sed tantum modo quasi quid actum esset, praesupponitur.“ Otto[38] endlich führt als Arten der traditio ficta das constitutum possessorium, die brevi manu traditio und die longa manu traditio auf, schliesst also nur die symbolische Tradition aus.

Auf einem singulären Standpunkt steht auch Thibaut[39]. Zwar hat auch er eine sehr äusserliche Auffassung vom Wesen des Besitzes. Er ist „das Faktum, da jemand eine körperliche Sache durch Sitzen oder körperliches Begreifen in seiner physischen Gewalt hat“. Um ihn zu erlangen, muss der Erwerber „die Sache durch Ergreifen in seine physische Detention bringen“. Dieser Besitzbegriff ist aber durch das positive Recht mit Hilfe von Fiktionen sehr verändert worden, hauptsächlich durch Einführung singulärer Besitzerwerbsarten. Es gibt deren acht, nämlich ausser der traditio longa und brevi manu, der clavium und instrumentalis traditio, der Niederlegung im Hause des Erwerbers und dem constitutum possessorium noch: 7. „wenn jemand eine zusammenhängende, nicht auf einmal zu ergreifende

---

[36]) L. c. cap. I § 7—10.

[37]) In cap. V § 1 bei Schaumburg heisst es freilich: „Traditionem symbolicam esse veram ac propriam traditionem supra demonstravimus.“

[38]) L. c. zu §§ 44, 45 II, 1 S. 198.

[39]) Ueber Besitz und Verjährung (Jena 1802) § 1 S. 3, § 6 S. 8, § 19 S. 37 flg.

Sache besitzen will, so braucht er nur einen Teil derselben zu berühren, um sich zum Besitzer zu machen, daher denn das in Deutschland bei einseitigen Besitzergreifungen gewöhnliche Ausschneiden eines Splitters, das Abstechen einer Scholle u. dgl. zur Besitzerwerbung eines Hauses oder Grundstücks hinreicht, sowie das Aufdrücken eines Siegels"; 8. „befindet sich eine bisher nicht besessene bewegliche Sache in oder auf einer besessenen unbeweglichen, so erwirbt der Besitzer der letzten die erste durch den blossen Entschluss". Als Belegstelle wird die l. 3 § 3 D. h. t. angeführt, aus welcher Thibaut also gerade das Gegenteil von dem herausliest, was darin steht. Zum Schlusse kommt eine clausula generalis: „Werden durch Gewohnheiten noch andere singuläre Erwerbungsarten des Besitzes eingeführt, so sind diese gleichfalls von rechtlicher Kraft."

Aus der Fiktionsnatur der unkörperlichen Tradition werden von den Juristen des usus modernus, so viel sich sehen lässt, im allgemeinen keine Konsequenzen gezogen. Die Causa-Theorie ist so gut wie verschwunden. Das Erfordernis einer causa, eines titulus, auch für den Besitzübergang wird nur noch festgehalten für das constitutum possessorium und vereinzelt[40]) für die clavium traditio. Lauterbach[41]) scheint die gleiche Anforderung an die Uebergabe des Instruments zu stellen, von der er sagt, sie müsse „ex causa dominii translativa" erfolgen. Samuel Stryk[42]) äussert von der Niederlegung der Sache im Hause des Erwerbers, sie

---

[40]) Johannes Brunnemann, Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum (Witeb. 1714) ad l. 74 D. d. C. E. S. 657; Stryk (Selle) l. c. cap. I S. 467; Georg Frantzke, In IV libros Institutionum juris civilis commentarius (Argent. 1658) ad § 44 d. R. D. S. 185.

[41]) Collegium, lib. 41, 1 § 68 S. 163.

[42]) De jure sensuum tractatus (Franc. a. V. 1753) diss. VII de tactu cap. 2 § 11 S. 271.

sei „propter praecedentem causam possessionem transferendi habilem loco apprehensionis". Für jede traditio ficta scheint Joh. Mart. Brandes (resp. Engelb. Wippermann)[43] die causa zu verlangen. Denn er bemerkt: „Haec causa vel titulus debet esse justus, utilis, validus et efficax, alias non transfertur possessio per constitutum in eo appositum, sed necessaria est realis traditio", es genügt also nicht eine andere Art der ficta traditio. Strauch[44] dagegen perhorresziert die causa durchaus: „Nec interest, procedat haec apprehensio ficta ex titulo et causa justa an injusta."

Ihren Wirkungen nach steht die traditio ficta der vera gleich. Insbesondere überträgt sie possessio vera. Nur Malblanc[45] betrachtet den durch traditio ficta erworbenen Besitz als einen ebenfalls bloss fingierten. Anwendung von dem Grundsatze der Gleichwertigkeit der traditio ficta und vera wird auch vom usus modernus hauptsächlich für den Fall der Doppelveräusserung (l. quotiens) gemacht. Doch stellt Leyser[46] hier die beiden Traditionsarten einander nicht gleich. Der Fall, den er bespricht, ist der, dass auf dem Felde stehendes Getreide zweimal verkauft ist; der erste Käufer apprehendiert symbolisch durch Ausreissen einiger Halme, der zweite mäht das Getreide ab und schafft es fort. Leyser gibt dem zweiten Käufer den Vorzug. Einmal aus Rücksichten der aequitas, gemäss welcher derjenige, „qui melius vigilavit et omnia palam gessit", den Vorzug verdiene vor dem, „qui clanculum ad rem adrepit".

---

[43]) Diss. jurid. inaug. de jure constituti possessorii (Rintel. 1658) th. 8.

[44]) Dissertationes ad jus Justinianeum privatum (Jenae 1718) diss. VI de adquir. poss. et dominio (resp. Petro Danaeo) th. 19 S. 126.

[45]) Principia, pars I § 194 S. 232.

[46]) Meditationes ad Pandectas (Frankent. 1778), vol. VII spec. 444 nr. 4 S. 68.

Zweitens, aus Rücksichten der Rechtssicherheit und des Verkehrs, „ne clandestinae et symbolicae traditiones praeferantur manifestis, quum alias in omni venditione metuendum foret, ne alius jam eandem rem emerit et per fictam traditionem jus in illa acquisierit". Drittens, gemäss den Worten der l. quotiens: „non obtentu non datorum instrumentorum", aus welchen zu folgern ist: „priorem emtorem, cui instrumenta tradita, posteriori qui rem ipsam accepit, postponendum"[47]). Ferner weil gilt die „regula generalis in omnibus fictionibus juris praescripta, ne per eas naturalia jura corrumpantur et veritas immutetur", endlich weil „in pari causa" der Besitzer obsiegt. Leyser zieht aus seiner Argumentation den Schluss: „Veram traditionem fictae antepono quidem, sed cum hac limitatione, nisi is, qui vere rem accepit, eam jam alii ante ficte traditam sciat atque sic in mala fide versetur". Weder in der Theorie, noch in der Praxis hat die Ansicht Leyser's Anklang gefunden, gesetzliche Sanktion hat sie im preussischen allgemeinen Landrecht erhalten.

Die Frage, ob auch insofern die traditio ficta der vera gleichstehe, als die unkonsentierte Veräusserung des Lehns oder der Emphyteuse vermittelst traditio ficta den Verlust des Untereigentums ebenso zur Folge habe, als wenn traditio vera stattgefunden hätte, wird auch von den Juristen des usus modernus hin und wieder ventiliert und verschieden beantwortet. Mevius[48]), Struve[49]), Müller (Flörke)[50]), Horn[51]) verneinen

---

[47]) Gegen diese Auslegung vgl. Sam. Cocceji, Jus civile controversum, tom. I (Lips. 1791), lib. VI, 1 qu. 1 S. 497.

[48]) Consilia posthuma (Franc. et Strales. 1680), cons. 96 nr. 62—64 S. 1186.

[49]) Syntagma juris feudalis (Franc. a. M. 1726) cap. 13 § 9 S. 471 nr. 5.

[50]) De constituto possessorio (Jenae 1689), cap. 5 § 3.

[51]) Jurisprudentia feudalis Longobardo-Teutonica (Witeb. 1741) cap. 23 § 11 S. 434.

sie, während Frommann[52]) der entgegengesetzten Ansicht ist, die er als die auch zu seiner Zeit noch herrschende bezeichnet.

Unterschieden werden drei Arten der traditio ficta: die traditio longa manu, die traditio brevi manu und die traditio symbolica. Daraus ergiebt sich die Einteilung des Folgenden.

§ 2.

Die traditio longa manu.

Entsprechend den Quellen (l. 79 D. d. sol. e. lib. 46, 3) wird von der Mehrheit der Autoren des usus modernus als traditio longa manu nur diejenige Tradition bezeichnet, bei welcher sich der Erwerb durch das Ansehen der Sache vollzieht. Die Sache kann aus der Nähe oder aus der Ferne gezeigt werden[53]), sie kann beweglich oder unbeweglich sein[54]). Eine Erklärung dieser Rechtswirkung des Anschauens giebt, wenn man von den im vorigen Paragraphen abgehandelten Vertretern einer spiritualistischeren Auffassung des Apprehensionsbegriffes absieht, nur Stryk[55]), der, ebenso wie

---

[52]) L. c. th. 64.

[53]) Struve, Jurisprudentia lib. II, 1 § 61 S. 142, Jurisprudenz oder Verfassung der landüblichen Rechte (Frankf. und Leipz. 1704) B. II, Titel 1 § 61 S. 260, Titel 35 § 7 S. 496; Stryk, Specimen usus moderni Pandectarum (ed. V Hal. 1717) vol. IV, lib. 41, 1 § 31 S. 110; Schilter, Jurisprudentiae elementa p. II, 1 nr. 49 S. 158; Heineccius, Elementa juris secundum ordinem Institutionum (operum tom. V Genev. 1748) § 382 S. 103; Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum adornata (das.), lib. 41, 1 § 198; Ludovici, Doctrina, lib. 41, 1 § 29 flg. S. 607 u. a.; auch Sam. Pufendorf, De jure naturae et gentium lib. IV cap. 9 § 9 S. 606.

[54]) Stryk und Ludovici an den in der vorigen Anmerkung angegebenen Orten.

die Glossatoren und Postglossatoren, ausführt, dass es, um dem Erfordernisse des corpus acquirendi zu genügen, gleichgültig sei, welcher der menschlichen Sinne gebraucht werde. Die Auffassung dieser Besitzergreifungsart ist eine rein sinnliche, das Objekt muss sich im Gesichtskreise des Erwerbers befinden. Eine etwas freiere Stellung nimmt der Niederländer Diodor van Tulden ein, der zur Uebereignung von Wein, der im Keller lagert, eine entsprechende, bei dem Keller abgegebene Erklärung des Veräusserers für ausreichend erachtet[56]). Dass zur einseitigen Besitzergreifung ein Anschauen der Sache nicht genügt, wird gleich wie in der früheren Theorie, so auch von dem usus modernus Pandectarum nachdrücklichst betont. Stryk (Selle)[57]) hebt deshalb hervor, dass V. 8—9 Ev. Matthäi 4[58]) nicht hierher gehörten, da „nil proprium hic fuit diaboli". Als Grund für diesen Unterschied zwischen einseitiger und zweiseitiger Besitzergreifung giebt Titius[59]) an: „quod re alicui semel acquisita alii jam sint ab ea exclusi, hinc in eo, in quem illa est transferenda, visus quoque sufficit, ast si de novo eadem sit acquirenda, tum alii per visum solum excludi nequeunt, sed factum occupationis requiritur."

Von einer Anzahl von Theoretikern des usus modernus wird der Ausdruck traditio longa manu aber in einem erheblich weiteren Sinne gebraucht. So unter-

---

[55]) De instrumentali possessione cap. II, 7 S. 467, de jure sensuum, diss. I de visu cap. 3 § 29 S. 55.

[56]) Commentarius in Digesta seu Pandectas (Lov. 1702), tom. II lib. 41, 2 cap. 9 S. 515.

[57]) Cap. II S. 471.

[58]) „Und zeigte ihm alle Reiche der Welt und ihre Herrlichkeiten und sprach zu ihm: das alles will ich dir geben etc."

[59]) Thesaurus juris civilis sive succinta explanatio compendii Digestorum Schützio-Lauterbachiani. Curante Joh. Henr. Mollenbecio (Lemg. 1717), lib. 41, 2 Note 23.

scheidet Lauterbach[60]) eine traditio longa manu „quoad actum quasi traditionis“ und eine solche „quoad actum acquisitionis“. Die erstere liegt vor, „si tradens quocumque modo hanc voluntatem suam declarat, citra accipientis vel rei praesentiam, utpote patiendo, permittendo, jubendo seque declarando verbis, litteris aut aliis signis“. Bei der zweiten Art ist wieder ein Unterschied zu machen, je nachdem die Sache „praesens“ ist — dann erfolgt die Besitzergreifung „oculis atque affectu“ — oder „absens“ — dann ist zur Apprehension ein „factum quoddam apparens“ erforderlich — solche Fakta sind die Zeichnung der Sache und die Aufstellung eines Wächters. Frommann[61]) kennt eine traditio longa manu „quoad actum traditionis (proprie et stricte ita dictae) tantum“, eine traditio longa manu „quoad actum apprehensionis tantum“ und eine traditio longa manu „quoad actum utrumque et traditionis et apprehensionis“. Als Beispiele der letzten Unterart werden aufgeführt: „Cum transferre volens rem corporalem nec manibus praesentem nec pedibus substratam accipere jubet, et acquirens post eandem vel consignat vel eidem custodes apponit vel ostensam sibi oculis se apprehendere dicit et affectu.“ Mencken[62]), Berger[63]), Hofacker[64]) und Hoppe[65]) beschränken die Bezeichnung traditio longa manu zwar auf das, was Lauterbach traditio longa manu quoad actum acquisitionis nennt, kennen aber ebenfalls als Arten derselben ausser dem Besitzerwerbe oculis auch den durch Zeichnung und durch Bestellung eines Wächters. Rennemann[66]) begreift

[60]) Collegium, lib. 41, 1 § 69 S. 164.

[61]) L. c. th. 4—6.

[62]) Theoria et praxis Pandectarum, lib. 41, 2 S. 1149 nr. 41.

[63]) Oeconomia, lib. II, 2 th. 19 S. 186.

[64]) Lib. IV cap. 2 tit. 1 § 941 S. 166.

[65]) Commentatio succincta ad Institutiones Justinianeas, vol. I (Franc. a. M. 1772) ad § interdum (hier 43) d. R. D. S. 304.

an der einen Stelle ausser diesen drei Erwerbsarten unter dem Namen traditio longa manu noch den Besitzerwerb von Grundstücken durch Betreten einzelner Teile, von mehreren Grundstücken durch Betreten eines derselben, die Tradition durch Schlüsselübergabe, die Tradition durch Niederlegung im Hause des Erwerbers, an der anderen Stelle[67]) nennt er als Arten der traditio manu longa den Besitzerwerb oculis, denjenigen durch Niederlegung im Hause des Accipienten und den Erwerb durch custodis appositio. Schilter[68]) bezeichnet einmal auch die symbolische Tradition als Spezies der traditio longa manu, und der Sache nach stimmt mit ihm eine ziemliche Anzahl von Autoren des usus modernus überein, indem sie verlangt, dass die Symbolsübergabe angesichts des Veräusserungsobjekts vorgenommen werde[69]).

§ 3.

Die traditio brevi manu.

I. Im Allgemeinen.

Der Ausdruck traditio brevi manu hat in der Litteratur des usus modernus eine weit umfassendere Bedeutung als heutzutage, indem darunter nicht nur die Besitzübertragung auf den bisherigen Detentor begriffen wird, sondern auch der umgekehrte Fall, das constitutum possessorium. Traditio brevi manu liegt vor, „quando mutuae traditiones quae ad dominium transferendum stricto jure necessariae erant, intervenisse finguntur circuitus vitandi causa et juxta notum dicterium,

---

[66]) L. c. disp. VII de possessionis adquirendae, retinendae et amittendae modis, th. 7 flg. S. 80 flg.

[67]) Das. disp. IX th. 13 Note a.

[68]) Jurisprudentiae elementa pars I § 15 S. 22.

[69]) Siehe unten S. 268 flg.

quod fieri potest per pauca, non debet fieri per plura [70]); sie erfolgt „vitandi circuitus causa et accelerandorum negotiorum gratia, neve frustra fiat per plura, quod aeque fieri potest per pauciora“ [71]). Nach ihrer äusseren Erscheinung stellt sich die brevi manu traditio als diejenige dar, „quae sola declaratione verbali peragitur“ [72]).

Von der bei der traditio brevi manu unterlaufenden Fiktion sagt Strauch [73]): „vel in tribus personis consistit . . . vel in duabus.“ Zur ersteren Kategorie werden gerechnet: die Zahlung im Auftrage eines Dritten, insbesondere des Gläubigers — allegiert werden l. 3 §§ 12, 13 D. d. don. i. v. e. u. 24, 1; l. 49, 56, 64 D. d. sol. et lib. 46, 3 —, der im Eingange der l. 43 § 1 D. d. jur. dot. 23, 3 behandelte Fall, vereinzelt [74]) der Thatbestand der l. 51 D. eod. Verständniss für diese Vorgänge findet sich nirgendwo. Doch giebt Brunnemann eine zutreffende Erklärung für einen ganz analogen Fall. Er wirft die Frage auf [75]): „Si dederim tibi nummos fratris mei absentis et ignorantis nomine, quaeritur, an fratri quaeratur actio?“ Er bejaht dieselbe

---

[70]) Stryk, Specimen vol. IV lib. 41, 1 § 33 S. 111. Im wesentlichen ebenso: Johannes Voet, Commentarius ad Pandectas (Hal. 1778) tom. V lib. 41, 1 nr. 34 S. 819; Mencken, Theoria et praxis Pandectarum lib. 41, 2 nr. 41 S. 1149; Berger, Oeconomia lib. II, 2 th. 19 S. 186; Ludovici, Doctrina Pandectarum lib. 41, 1 § 29 S. 607; Hoppe ad § 43 I. d. R. D. S. 304.

[71]) Peter Müller zu Struve, Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum. Cum additionibus Petri Mülleri. P. I (Franc. e. Lips. 1738) Exerc. 16 th. 12 S. 998 Anm. a.

[72]) Waldeck ad Inst. II, 1 § 277 S. 180.

[73]) Dissertationes ad jus privatum. VI th. 38 S. 142. Vgl. auch Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium lib. IV, 9 § 9 S. 606.

[74]) Hofacker, Principia, lib. IV, 2 tit. 1 § 941 Note g.

[75]) Commentarius in Codicem Justinianeum (Lips. 1708) ad l. 2, VII, 27 S. 422.

und begründet seine Entscheidung durch die Worte: „Quia dum do illius nomine, simul constituo me illius nomine possidere, is autem possidet, cuius nomine quid possidetur.“ Hierher gehörig ist ferner ein von Christian Wolf[76]) beschriebener Fall: wenn der Veräusserer erklärt, er tradiere eine ihm gehörige, aber in fremder Detention befindliche Sache dem Erwerber, und dieser die Erklärung annimmt, so ist nach dem Naturrecht der Besitz übergegangen. „Perinde omnino est ac si res ex potestate ejus, qui consensu domini eam habet, rediisset in potestatem transferentis et potestati tuae subjecta consensu tuo venisset in potestatem ejus qui eam habet.“ Die Romanisten der Zeit gedenken dieses Falles, den Wolf als ein constitutum possessorium anzusehen scheint, nicht. Gesetzliche Regelung hat er im preussischen allgemeinen Landrecht erfahren.

Nur zwei Personen kommen in Betracht bei der traditio brevi manu im heutigen Sinne und beim constitutum, sowie in l. 11 Pr. und l. 15 D. d. R. C. und in l. 6 D. d. don. Bei der traditio brevi manu im engeren Sinne, deren Wesen im allgemeinen richtig erkannt wird, findet sich häufig die Frage aufgeworfen, ob hier praesentia des Traditionsobjekts zur Uebereignung erforderlich sei. Sie wird durchweg verneint, indem l. 46, 47 D. d. R. V. von einer „possessionis“, nicht von einer „ocularis rei praesentia et absentia“ verstanden[77]) und deswegen für unerheblich erklärt werden. Heinrich Cocceji[78]) macht nur eine scheinbare Ausnahme. Nach ihm liegt zwar eine „fictio brevis manus“ nur dann vor, „cum res praesens consensu partium pro tradita habetur, etsi tradita non sit“, doch denkt er dabei nicht an die traditio brevi manu in unserem Sinne, die er vielmehr als „constitutum“ bezeichnet.

---

[76]) Tom. III §§ 69, 70 S. 43, 44.

[77]) Vgl. z. B. Frommann l. c. th. 43.

[78]) Hypomnemata, lib. II, 1 S. 42 nr. 56.

Einer eingehenderen Darstellung bedarf auch für die Zeit des usus modernus die „nobilissima species“ der fictae traditiones [79]), das constitutum possessorium.

II. Insbesondere das constitutum possessorium.

Während wir bei der Darstellung der vorigen Periode noch hier und da ein eindringendes Verständnis unseres Rechtsinstituts konstatieren konnten, sind solche Lichtblicke jetzt recht selten. Auch die frühere Theorie betrachtete, wie wir gesehen haben, das Konstitut als einen Nebenvertrag, als ein Accessorium, eine Klausel des Veräusserungsgeschäfts, welche den sofortigen Besitz- und Eigentumsübergang zur Folge hat. Diese Auffassung erhält sich auch in der Theorie des usus modernus, aber die Konstitutsklausel dient hier in der Regel ganz besonderen Zwecken, nämlich Sicherungszwecken, sie wird eingefügt, um dem Gläubiger eine Sicherheit zu gewähren, die er ohnedem nicht haben würde. Der Schuldner erklärt, gewisse Gegenstände von nun an nicht mehr in seinem Namen, sondern in dem seines Gläubigers besitzen zu wollen, der Gläubiger nimmt diese Erklärung an und erwirbt hierdurch den Besitz, mitunter sogleich, in der Regel aber erst mit Eintritt des Verzuges. Dieses Sicherungskonstitut ist es, welches die Juristen des usus modernus Pandectarum vorzugsweise, einige sogar ausschliesslich, bei ihren Erörterungen über das Konstitut im Auge haben. So führt Flörke in der Vorrede zu seiner Inauguraldissertation de constituto possessorio aus, dass der Gläubiger „ob fraudes et malitiam debitoris“ häufig Schaden erleide; um dem vorzubeugen, pflegten gewisse „remedia jure civili comprobata“, von den Praktikern „cautelae“ genannt, angewendet zu werden; unter ihnen nehme „non

---

[79]) Leyser, Meditationes, tom. VII spec. 445 nr. 6 S. 73.

postremum locum" ein die „clausula de constituto possessorio, quae sicuti ut plurimum pignoribus in securitatem creditoris constitutis apponi solet, ita per alia negotia civilia effectus suos late defendit". Die zwei Definitionen des Konstituts, welche sich in der Dissertation von Georg Werner (Joach. Mart. Unverfärth)[80]) finden, berücksichtigen nur das Sicherungskonstitut: „Pactum vel conventio, qua debitor creditori suo pro majore securitate possessionem in re alioquin sua constituit, et quod illam ipsius nomine posthac possidere velit, testibus praesentibus vel documenti cujusdam interventu profitetur", und „jus s. facultas alterius rem ad quemcumque juris effectum possidendi, donec debitum legitime fuerit solutum, jure civili data ac permissa". Nach Schaumburg (Eyles)[81]) liegt ein Konstitut vor, „quando debitor creditori promittit, quod in casum morae in solutione commissae rem hypothecae nomine obligatam non suo, sed creditoris nomine possidere velit". Stryk[82]) bezeichnet als Effekt des Konstituts: „ut debitor quidem res oppignoratas retineat, eas tamen non suo sed creditoris nomine possideat", und Wernher[83]): „ut in casum morae possessio bonorum debitoris in creditorem transeat, isque propterea interdictis retinendae et recuperandae possessionis uti possit"; letzterer meint[84]), dass dem constitutum dieselbe ratio zu Grunde liege, wie dem pignus, beide bezweckten die Sicherung des Gläubigers.

Ein viel erwähnter Anwendungsfall des Sicherungs-

---

[80]) Dissertatio juridica de jure constituti possessorii (Helmst. 1664), th. 6.

[81]) Cap. I § 8.

[82]) Note 31 zu lib. 41, 2 des Thesaurus juris civilis, S. 1330.

[83]) Selectarum observationum forensium novissimis dicasteriorum Vitebergensium praejudiciis confirmatarum tom. I (Jenae et Lips. 1756) P. IV obs. 154 S. 914.

[84]) Eod. p. I obs. 263 S. 288.

konstituts ist der, dass der Käufer zur Sicherung des Verkäufers wegen des rückständigen Kaufpreises erklärt, das Kaufobjekt bis zur Abtragung seiner Schuld nur als Stellvertreter des Verkäufers besitzen zu wollen. Praktisch läuft ein solches Konstitut auf einen Besitzesvorbehalt des Veräusserers hinaus, und es kann nicht verwundern, dass diese, von mehreren [85]) unter den Nebenverträgen des Kaufgeschäfts abgehandelte Art des Konstituts häufig mit dem pactum reservati dominii verwechselt wurde [86]). Nur dieses Konstitut des Käufers umfasst die Begriffsbestimmung Madihns [87]): „Pactum constituti possessorii, quo emtor sese obligat, non suo sed venditoris nomine rem emtam et traditam possidere, donec de pretio satisfactum fuerit adeoque in hoc casu non civilem, sed solum naturalem possessionem ratione venditoris tantum accipit emtor“ [88]). Es kommt aber auch der umgekehrte Fall vor: Der Veräusserer giebt die

---

[85]) So Huber, Praelectiones p. II lib. 18, 1 S. 975; Madihn, Principia juris Romani P. II § 186 S. 253; Höpfner, Kommentar § 874 S. 665.

[86]) Zacharias Huber (Ulr. fil. Observationes rerum forensium ac notabilium in suprema Frisiorum curia judicatarum. Leov. 1723 obs. 27 S. 92) bezeichnet diese Verwechselung als einen „error tralaticius“. Diese Anwendung des Konstituts ist es, welche Rosshirt (Abhandlungen zivilistischen und kriminalistischen Inhalts Bd. II, Heidelb. 1837 S. 133) eine „Missgeburt der Praxis“ nennt. Das Urteil kann man unterschreiben, aber die Missgeburt ist anders zu stande gekommen, als Rosshirt angiebt. Der Ausgangspunkt war nicht die ususfructus retentio, so dass dann für den Niessbrauch andere dingliche Rechte, z. B. Eigentum und Pfandrecht, eingesetzt worden wären, und es ist unzutreffend, dass man „jeden in dieser Richtung den Verkäufer durch ein Recht an der Sache selbst sichernden Vorbehalt“ ein constitutum possessorium genannt habe. Der Ausgangspunkt war das abstrakte Konstitut, und Konstituent nicht der Verkäufer, sondern der Käufer.

[87]) An dem in Anm. 85 angegebenen Orte.

[88]) Ueber Huber vgl. unten S. 256.

Konstitutserklärung ab, behält sich also die Detention vor, jedoch in der Regel ebenfalls, um sich zu sichern. Dem entspricht die Hoppe'sche Definition [89]: „Quando scilicet aliquis rem, quam alteri ex justo titulo, v. gr. venditionis etc. concessit, pro majori securitate ejus nomine imposterum se possessurum constituit, da einer bekennet, er wolle das verkauffte Hauss hinführo so lange biss die Kauff-Gelder erleget, nicht in seinem sondern des Käuffers Namen besitzen und einhaben." Umfassender sind die Begriffsbestimmungen von Schilter und Weber. Schilter [90]: „Pactum constituti possessorii, quo creditor acquirit possessionem hypothecae, dum debitor fatetur se non suo amplius sed creditoris nomine in possessione esse; item venditor, quoties per pactum sibi reservat, ut in possessione rei venditae sub alio et ad retinendum dominium inhabili titulo v. g. locatione conductione permaneat." Weber [91]: „Pactum constituti possessorii kann in verschiedener Bedeutung vorkommen: 1. als Vertrag, wodurch ausgemacht wird, dass dem Verkäufer bis zur völligen Abtragung des Kaufgeldes Besitzungsrechte an der Sache verbleiben sollen. Dies kann geschehen a) wenn der Verkäufer possessionem naturalem wirklich behält, b) wenn dem Käufer zwar der natürliche Besitz der Sache, jedoch unter der Bestimmung zugestanden wird, dass er sie nur nomine des Verkäufers oder gleichsam precario besitzen solle, 2. als Vertrag, wodurch ausgemacht wird, dass der Verkäufer nach geschlossenem Handel und kreditiertem Kaufgelde die Sache nur auf den Namen des Käufers besitzen solle."

Man wird nicht fehl gehen, wenn man diese Verwen-

---

[89]) Ad § 43 I. d. R. D. S. 304.

[90]) Jurisprudentiae elementa p. I § 15 S. 22. Vgl. auch p. II, II, 1 nr. 48 S. 158.

[91]) Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld Teil I (Leipz. 1820) zu § 1000 a. E. S. 496.

dung des Konstituts zu Sicherungszwecken auf deutschrechtliche Einflüsse zurückführt. Den Anknüpfungspunkt bot das Institut der „Satzung um Schuld“ [92]), bei welchem schon lange vor der Rezeption ein constitutum possessorium vorkam, indem der Schuldner als Depositar, Kommodatar, Mieter etc. im Besitze des Pfandes blieb [93]). Manche Sätze, die im usus modernus für das Sicherungskonstitut gelten, sind allem Anscheine nach von der Satzung um Schuld her übernommen, so: dass die Erklärung des Schuldners erst mit Eintritt seines Verzuges wirkt, und dass das beneficium excussionis des dritten Pfandbesitzers ausgeschlossen ist. Manches ist beim Sicherungskonstitut freilich auch rein romanistisch, so die gleiche Behandlung der Mobilien und der Immobilien, und vor allem das Gewand, in welches die ganze Lehre gekleidet ist. Man darf daher nicht mehr sagen, als dass das Material, welches zu unserm Institute verwendet worden ist, zum Teil, vielleicht zum grössten Teil, deutsches Recht war.

Welche Auffassung die Schriftsteller des usus modernus vom Wesen des Konstituts gehabt haben, ergeben schon die bereits mitgeteilten Definitionen. Das constitutum possessorium ist ihnen ein Vertrag [94]), ein „pactum“ [95]), eine „conventio“ [96]), „sola declaratione

---

[92]) Vgl. darüber von Meibom, Das deutsche Pfandrecht (Marb. 1867) S. 402 flg.

[93]) Vgl. die Nachweisungen bei von Meibom S. 415 Anm. 48, 49.

[94]) Vgl. z. B. Spangenberg l. c. § 32 S. 52 („der Vertrag de constituto possessorio“); Thibaut l. c. § 19h. S. 43 („der Vertrag, welchen man das constitutum possessorium nennt“), („der blosse Vertrag reicht zur Uebertragung der possessio hin“).

[95]) Vgl. z. B. Schilter an dem in Anm. 90 angegebenen Orte; Brandes (Wippermann) th. 5; Heineccius bei Struve, Jurisprudentia Romano-Germanica § 61 S. 142 Anm.; Malblanc, Principia P. I § 194 S. 232.

[96]) Vgl. z. B. von Cramer, Opuscula materias gravissimas

voluntatis"[97]) geht der Besitz auf den Konstitutar über. Nach Mascov[98]) sind die römischen Juristen in dem constitutum possessorium zur Einfachheit des Naturrechts zurückgekehrt, nach welchem „sola declaratione voluntatis possessio transferri et translatio reciprocari potest", indem sie „sola conventione etiam absente re dominium et possessionem solo animo transferri, translationem eodem momento solo animo iterari voluerunt". Hiernach bezeichnet er das constitutum possessorium als eine „conventio, qua duplici traditione ficta dominium et possessio vel possessio tantum solo animo convertuntur in detentionem". Diese Charakterisierung des constitutum possessorium als eines Vertrages steht, wie schon die Mascovsche Definition ersehen lässt, mit der Subsumption des constitutum possessorium unter den Begriff der traditio brevi manu und die dieser Subsumption zu Grunde liegenden Idee einer in eins zusammengezogenen Tradition und Retradition nicht im Widerspruche. Denn diese Doppeltradition wird eben durch den Vertrag ersetzt.

Neben dieser weitaus herrschenden Vertragstheorie kommt indessen auch im usus modernus die Auffassung des Konstituts als eines Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter vor. Am klarsten bei Rennemann[99]), der

---

ex omni jure demonstrativa ratione pertractatas continentia (Marb. 1742) tom. I nr. 14. De impossibili possessionis in diem traditione symbolica § 55 S. 659; Wernher, Observationes P. I obs. 273 S. 292; Heineccius, Elementa P. VI, lib. 41, 1 § 204 S. 604; Westenberg, Principia, lib. 41, 2 § 23 sq. S. 724.

[97]) Huber, Praelectiones p. III lib. 41, 2 S. 1417; Malblanc, Principia P. I § 194 S. 232. Vgl. auch Dabelow Teil II Abt. 1 § 690 S. 214.

[98]) Exercitatio juris civilis de constituto possessorio quam praes. Gottfr. Mascovio a. 1733 defendit Joh. Wendel. Neuhaus Lips. (Opuscula juridica et philologica, ed. Püttmann. Lips. 1776) th. 9—11, S. 112—114, th. 32 S. 137.

[99]) Disp. VII th. 15 S. 84.

hier, wie auch anderswo, augenscheinlich unter dem Einflusse Donell's steht. Er sagt: „Certum quod quamvis animo non nisi nostro possidere quidpiam incipiamus, tamen corpore etiam alieno, si velimus, ita possessionem adquiramus, nimirum vel illius, qui rei suae dominium nobis tradens se nostro nomine possessurum sive aperte sive tacite constituit: vel cuiusvis alterius, qui nostro nomine, h. e. hac mente, ut velit nobis possidere possessionem alicuius rei rite adprehendit." Zu erwähnen sind ferner Brunnemann[100]): „Quoniam in iis quae facti sunt licet alieno ministerio uti, ideo etiam per procuratorem, tutorem, curatorem eumve qui meo loco se possidere constituit, quod constitutum possessorium appellant, acquiritur possessio", Ludovici[101]): „Perinde est, sive ipsi adprehendamus sive alius nostro nomine, unde etiam in constituto possessorio debitor ministerio suo creditorem possessorem facit", ein von Cramer[102]) mitgeteiltes Gutachten der Helmstädter Fakultät vom Jahre 1733: „Dieweil aber dennoch derjenige, so per constitutum dem andern die Possession verschreibet, selbsten nicht mehr in possessione restiret, sondern nur als des andern Procurator dem Gute insistiret und der Constitutarius per ministerium corporis des Constituentis die Sache besitzet", und Hofacker[103]): „Praecipuus modus possessionis per alium acquirendae est is qui constitutum possessorium dici

---

[100]) Exercitationes Justinianeae XXXII (Franc. a. V. 1678) exerc. 9 ad lib. II, 9 § 5 S. 80. Vgl. dagegen denselben Schriftsteller ad l. 20 C. d. pact. 2, 3 (Commentarius in Codicem S. 113): „Sed illa regula: Non ex nudo pacto transferri dominium ... multas patitur exceptiones, ut I in constituto possessorio."

[101]) Doctrina Pandectarum lib. 41, 2 § 4 S. 611.

[102]) Wetzlarische Nebenstunden Teil 11 (Ulm 1764) IV. Beil. S. 52.

[103]) Principia lib. IV cap. II tit. 1 § 769 S. 47.

solet." Balthasar[104]) und Wissel[105]) sehen das Konstitut nur für ein Analogon des Besitzerwerbes durch Stellvertreter an, sie sagen, wörtlich übereinstimmend: „Ille enim qui se constituit nomine alterius possidere, in continenti, i. e. in ipso actu constitutionis videtur insistere rei eamque habere ac tenere nomine ejus tamquam ejusdem procurator, cuius nomine possessioni se dicit insistere ... quemadmodum enim procurator de novo apprehendens possessionem illam in continenti quaerit domino, ita etiam eodem modo constituens acquirit ei cujus nomine constituit se possidere." Frommann[106]) endlich bemerkt zwar: „Cum enim possessio naturaliter acquiratur et propterea volentibus nobis per quemlibet etiam liberum hominem, cur non etiam per eum, qui nunc desinit possidere et corpore suo adhuc rei insistit, acquirere possemus?" Die Richtigkeit der sich hieraus ergebenden Auffassung des Konstituts als eines Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter bestreitet er indessen für das römische Recht: „Quod ipsum tamen fieri non potuisset in Imperio Romano, nisi admissa hac brevis manus fictione, sed necesse fuisset, ut qui transferre voluisset rei dominium, rem corporaliter tradidisset et acquirens postea eidem ex causa, quae placuerit inter ipsos, restituisset."

II. Die Einteilung des Konstituts ist die alte geblieben, massgebend ist, ob eine causa detentionis vorhanden ist oder nicht. Dasjenige, welches eine causa detentionis nicht ersehen lässt, wird gewöhnlich constitutum expressum genannt, im Gegensatze zum constitutum tacitum[107]). Hahn[108]) unterscheidet, ob das

---

[104]) Practicarum resolutionum juris civilis et Bavarici (Mon. 1651) tit. VII res. 6 S. 616, 617.

[105]) L. c. th. 20—22.

[106]) Th. 57. Vor dem im Text angeführten Passus heisst es indessen: „Constitutum quod pactum esse diximus."

[107]) Vgl. Lauterbach, Collegium lib. 41,2 § 18 S. 201;

constitutum „verbis expressis sive nominatim", oder „re ipsa", Rennemann[109]), ob es „aperte" oder „tacite", Frantzke[110]), ob es „apertis verbis" oder „tacite rebus et factis" erfolgt. Prägnanter ist die Einteilung in constitutum simplex und conjunctum (nämlich cum causa), welche sich in den Dissertationen von Wissel[111]) und Brandes (Wippermann)[112]), sowie bei Nettelbladt[113]) findet. Eine eigentümliche Stellung nimmt Mascov ein. Er kennt ein constitutum possessorium ohne causa detentionis überhaupt nicht, das constitutum simplex, von welchem auch er spricht, ist jedes constitutum, durch welches der bisherige Besitzer nicht Prekarist wird, Beispiele desselben sind die Miete der eigenen Sache und die Veräusserung unter Vorbehalt des Ususfrukts[114]). Uebrigens ignoriert Mascov das abstrakte Konstitut lediglich, an keiner Stelle seiner Schrift erklärt er es ausdrücklich für unzulässig. Als einen Vorläufer der modernen Lehre von der causa detentionis, von der sich im usus modernus auch sonst keine Spur findet, darf man ihn also nicht betrachten. Im Gegensatze zu der Auffassung Mascov's verstehen

---

Frommann th. 45, 46; Peter Müller Note 8 zu Struve's Syntagma P. III exerc. 41 nr. 57 S. 130; Mencken lib. 41, 2 nr. 6 S. 1156; Berger, Oeconomia, lib. II, 2 th. 19 S. 186; Wernher, Observationes P. I obs. 273 S. 292; Leyser, Meditationes, tom. VII spec. 445 nr. 6 S. 73; Heineccius, Elementa juris civilis P. VI, lib. 41, 1 § 204 S. 604; Westenberg lib. 41, 2 § 23 sq. S. 723. Frommann, Wernher und Westenberg gebrauchen statt tacitum auch implicitum.

[108]) Observata theoretico-practica ad Matthaei Wesembecii in 50 libros Digestorum commentarios (Franc. et Lips. 1706), lib. 41, 2 S. 900.

[109]) Disp. VII th. 15 S. 84.

[110]) Ad § 5 I. d. int. 4, 15 nr. 32 sq. S. 682.

[111]) Th. 44.

[112]) Th. 9.

[113]) Systema elementare § 531 S. 333.

[114]) L. c. th. 19 S. 121.

Flörke (Müller) und Heineccius[115]) unter constitutum possessorium nur dasjenige ohne causa detentionis, und auch bei den meisten anderen Autoren des usus modernus wird gerade diese Art des Konstituts vorzugsweise berücksichtigt, ja als ein constitutum possessorium im engeren Sinne betrachtet.

Wie schon aus der gewöhnlichen Bezeichnung des abstrakten constitutum als eines expressum hervorgeht, wird von den Juristen des usus modernus zur Gültigkeit desselben eine ausdrückliche Erklärung des Veräusserers verlangt; der Gebrauch bestimmter Formeln wird nicht gefordert, doch einige Muster gelegentlich mitgeteilt[116]). Strenge Anforderungen stellt Caspar Klock. Er verlangt[117]), „ut quis diserte constituat, se alieno nomine possidere", er will ein Konstitut nur dann anerkennen, wenn „verba dispositiva" gebraucht sind, nicht, wenn es in dem Instrumente nur heisst, die Verpfändung geschehe „cum clausula constituti possessorii", denn dieser Passus scheine mehr „ex stylo notariorum et scribarum" hinzugefügt zu sein, und lasse den zum constitutum erforderlichen Willen der Paciszenten nicht erkennen. Auch Müller (Flörke)[118]) fordert „verba dispositiva", „verba enunciative et narrative concepta non sufficiunt". Das Gegenstück zu der Ansicht Klock's und Flörke's wäre die Annahme

---

[115]) Anmerkung zu Struve's Jurisprudentia Romano-Germanica forensis, lib. II, 1 § 61 S. 142.

[116]) Vgl. Hahn, Observata ad Wesembecium, lib. 41, 2 S. 900; Lauterbach, Collegium lib. 41, 2 § 19 S. 201; Balthas. Rincke, Exercitatio juridica de constituto possessorio (Helmst. 1644), cap. 4; Wissel th. 49; Werner (Unverfärth) th. 5; Joh. Aug. Hellfeld, Repertorium reale practicum juris privati imperii Romano-Germanici (Jenae 1755) Teil II; vox Constitutum S. 1048.

[117]) Consiliorum tom. I (Norimb. 1673) cons. 35 nr. 187 sq. S. 614.

[118]) Cap. 4 § 8.

eines stillschweigenden abstrakten Konstituts gewesen. Auch sie kommt im usus modernus vor, aber ebenfalls nur sehr vereinzelt. Brunnemann's Erklärung der Zahlung im fremden Auftrage ist bereits erwähnt worden[119]. Stryk (Selle)[120] sagt von der Uebergabe der Veräusserungsurkunde: „Tradito instrumento, quo possessionem translatam volo, tacite ad minimum constituo, me alterius nomine possidere velle.“ In zwei anderen unter dem Präsidium von Stryk gehaltenen Disputationen wird dagegen die entgegengesetzte Meinung vertreten. In der einen[121] handelt es sich um die Uebergabe einer Spezifikation veräusserter Hölzer. Dass damit der Besitz des Holzes auf den Käufer übergegangen sei, wird geleugnet, „nisi clausula constituti possessorii in specie fuerit adjecta“; es wird also eine ausdrückliche Erklärung des Konstituts verlangt. In der anderen Disputation[122] wird gefragt, ob das in einem Veräusserungsinstrumente enthaltene „etc.“ auch das constitutum in sich schliesst; diese Frage wird verneint, „quia clausula etc. ad accidentalia contractus non extenditur, quale hoc constitutum est“, es sei denn, dass das constitutum irgendwo gewohnheitsmässig in alle Veräusserungsinstrumente gesetzt werde. Just Henning Böhmer[123] in einem „privato nomine“ abgegebenen Gutachten vom Jahre 1741 erblickt ein Konstitut in der Erklärung des Verkäufers, er habe den Käufer in das Eigentum und die Possess der verkauften Güter ein- und angewiesen.

---

119) Siehe oben S. 236.

120) Cap. 4 S. 476.

121) Operum tom. VIII, disp. 19 (resp. Ant. Henr. Becker), disp. 10 S. 300.

122) Operum tom. III disp. 5 (resp. Christ. Seidel), cap. IV Nr. 117 S. 132.

123) Consultationum et decisionum juris tomi III pars I (ed. I Hal. Magd. 1748) resp. 157 nr. 1 sq. S. 697.

Das constitutum possessorium mit hervortretender causa detentionis, also das gewöhnlich constitutum tacitum genannte, bei welchem die Erklärung des Veräusserers erfolgt „facto quopiam, ex quo voluntas alterius nomine possidendi colligatur, interveniente“ [124]), wird auch in der Theorie des usus modernus in mehreren Unterarten behandelt. Erwähnt wird die Veräusserung unter Vorbehalt des Prekariums, des Niessbrauches, der Miete, des Depositums, des Kommodats, der Verwaltung, des Faustpfandes, einer Geldabgabe. Mascov [125]) will mit Rücksicht auf den Wortlaut der l. 28 C. d. don. eine Vertauschung unter Vorbehalt des Niessbrauches nicht gelten lassen, „quia interpretationi extensivae resistit utilitas publica, qua minus favorabiles sunt modi dominium transferendi, qui translationibus dominii inconsultis aut fraudulentis ansam praebere possunt“. Als stillschweigendes Konstitut wird ferner von Frommann [126]), Struve [127]) und Eyben [128]) die Lehnsauftragung charakterisiert. Dass auch die Vermögensvereinigung durch Eingehung einer societas omnium bonorum einen Fall des constitutum possessorium darstellte, ist die in der Theorie des usus modernus herrschende Meinung [129]). Doch vertritt eine starke

[124]) Rennemann disp. V th. 15 Note d. S. 84. Vgl. auch Lauterbach, Collegium lib. 41, 2 § 18 S. 201.

[125]) L. c. th. 18 S. 121.

[126]) Th. 46.

[127]) Syntagma juris feudalis cap. 7 § 10 nr. 6 S. 253.

[128]) Huldericus ab Eyben, Electa juris feudalis (Scripta quae de jure civili privato, publico et feudali singulatim edidit. Arg. 1708) cap. 5 § 17 S. 555.

[129]) Vgl. Brunnemann, Exercitationes Justinianeae, exerc. 21 ad lib. 2, 26 Pr. S. 177; Lauterbach, Collegium, lib. 41, 2 § 18 S. 201; Frommann th. 49; Stryk (Selle) cap. I § 11 S. 467; Voet, Commentarius ad Pandectas, tom. III ad lib. 12, 1 nr. 5 S. 12, tom. V lib. 41, 2 nr. 13 S. 840; Noodt, Probabilia lib. II, 6 nr. 6 S. 39. — Mascov (th. 21) spricht von einem constitutum mixtum.

Minderheit[130]) die Ansicht, es handele sich hier um einen Eigentumsübergang ohne gleichzeitige Besitzübertragung. Frantzke[131]) will diese für die allgemeine Sozietät geltenden Grundsätze auch auf die partikuläre ausgedehnt wissen, doch hat er Nachfolge nicht gefunden[132]).

III. Die Erfordernisse einer rechtswirksamen Konstitutserklärung sind nach der Theorie des usus modernus dieselben, wie nach der älteren Doktrin. Der Konstituent muss Besitzer sein, sonst kann er den Besitz nicht auf einen andern übertragen. Dies Verlangen ist eine notwendige Konsequenz der Auffassung des Konstituts als eines Vertrages, von welcher der usus modernus ausgeht. Darüber, ob eine Vertretung des Konstituenten gestattet ist, äussern sich die massgebenden Schriftsteller des usus modernus nicht. Flörke[133]) und Balthasar[134]) lassen eine Vertretung schlechthin zu, Clasen (Willebrandt)[135]) verlangt Spezialmandat, Wissel[136]) erkennt ein constitutum durch einen Vormund an, aber nur „ex aequitate contra subtilitatem juris". Er ist zugleich der Ansicht[137]), dass jeder Detentor wenigstens die Detention durch constitutum pos-

[130]) Vgl. Hugo Grotius l. c. cap. 8 § 25 S. 479; Berger, Oeconomia lib. III, 5 th. 30 S. 519 (der Herausgeber Joh. Aug. Bach nimmt ein constitutum an), disp. 40 th. 56 S. 1277; Henr. Lincke, Consilia sive responsa a facultate juridica approbata, collecta a Christ. Leonh. Leuchtio (Norib. 1704), resp. 29 nr. 6 S. 234; Sam. Cocceji, Novum systema § 268 nr. 20 S. 335; Schaumburg (Eyles) cap. 1 § 6.

[131]) Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum (Arg. 1644), ad lib. 17, 2 nr. 42 S. 450.

[132]) Vgl. gegen ihn Brunnemann, Commentarius in Pandectas, ad l. 1, 2 pr. soc. S. 637; Frommann th. 49.

[133]) Cap. II § 2—4.

[134]) L. c. S. 614.

[135]) Cap. II, 5.

[136]) Th. 16.

[137]) Th. 14.

sessorium übertragen könne, „quia hoc non reperitur jure prohibitum et quia eadem in transferenda detentione est ratio, quae est in possessione transferenda." Auch darüber, ob der klagende Erwerber beweisen muss, dass der Veräusserer zur Zeit des Konstituts besessen hat, finden sich keine Aussprüche hervorragenderer Persönlichkeiten. Gilhausen[138]), Flörke[139]), Dozen[140]) und Wissel[141]), die diesen Punkt berühren, stimmen in Regel und Ausnahmen[142]) mit der älteren Lehre überein. Dass das constitutum, das erst nach dem Tode des Veräusserers wirksam werden soll, ungültig sei, durch die Klausel: „jetzt alsdann und dann als jetzt" aber Kraft erhalte, wird auch von den Schriftstellern des usus modernus ausgeführt[143]). Dass es nichts ausmacht, ob der Veräusserer in eigener Person oder durch einen Dritten die Sache detiniert, scheint im usus modernus Pandectarum nicht bezweifelt worden zu sein, ausdrücklich sagen es Hahn[144]), Lauterbach[145]) und Flörke[146]).

Von dem Erwerber wird verlangt, dass er die Erklärung des Veräusserers genehmige, und zwar zu einer Zeit, zu welcher dieser noch den Besitz der Sache hat, nach Stryk[147]) jedenfalls innerhalb 100 Tagen.

---

[138]) Arbor judiciaria sive processus juris absolutissimus tam civilis quam criminalis (Franc. 1662) cap. VI P. I § 148 S. 267, § 271 S. 312, § 343 S. 336.

[139]) Cap. IV § 11.

[140]) Th. 6.

[141]) Th. 11.

[142]) Siehe oben S. 112, 200.

[143]) Vgl. Thomas Meckelbach in Casp. Klock, Consiliorum tom. II cons. 28 nr. 2 S. 252, Balthasar S. 620; Frantzke, Variarum resolutionum liber III (Got. 1655), res. 1 nr. 78 S. 72; Flörke cap. IV § 10.

[144]) Observata ad Wesembec., lib. 41, 2 S. 900.

[145]) Collegium, lib. 41, 2 § 17 S. 200.

[146]) Cap. IV § 2.

Objekt des Konstituts können nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen, und zwar unkörperliche Sachen jeder Art[148]), sein. Denn der usus modernus erklärt alle Rechte für besitzbar und behandelt die Zession geradezu als Tradition. Mascov[149]) sagt deshalb von der Eingehung der societas omnium bonorum, durch welche im römischen Recht die „nomina" nicht gemeinschaftliches Eigentum wurden (vgl. l. 3 Pr. D. pr. soc.): „Hodie tamen et nomina et futura communicari ajunt, si clausula constituti contractui fuerit subjecta." Bestand das Recht als solches bereits bei dem Konstituenten, so ist zum Besitzerwerbe des Konstitutars eine Ausübung in dessen Namen nicht erforderlich, soll es neu begründet werden, so bedarf es der Ausübung im Namen des Erwerbers. So wenigstens Wissel[150]), andere Autoren äussern sich über diesen Punkt nicht. Vor den Augen der Kontrahenten braucht sich das Veräusserungsobjekt nicht zu befinden. Die Ansicht Anton Faber's[151]) hat unter den Juristen des usus modernus keine Anhänger. Wissel[152]) verlangt sogar, „ut res, de qua fit constitutum, non sit praesens et in utriusque tam constituentis quam constitutarii conspectu, sed absens", weil andernfalls das constitutum überflüssig wäre. Auch solche Sachen, welche der Veräusserer erst künftig erwerben wird, können schon jetzt durch constitutum übertragen werden[153]), doch bezieht sich ein constitutum omnium bonorum nur dann auch

---

147) Disp. de jure praesentiae (resp. Jac. Hoffmann), (operum tom. IV disp. 19) cap. 3 S. 426.

148) Vgl. statt aller Flörke cap. III § 7.

149) Th. 21.

150) Th. 37, 38.

151) Siehe oben S. 203.

152) Th. 33.

153) Dagegen ist Brandes (Wippermann) th. 11 S. 41 bis 43.

auf die res futurae, wenn ihrer ausdrücklich Erwähnung geschehen ist [154]).

Dass dem constitutum possessorium ein rechtsgültiger Titel zu Grunde liegen muss, folgt aus seiner Natur als Accessorium. In dieser Hinsicht herrscht völlige Uebereinstimmung unter den Juristen des usus modernus. So sagt Lauterbach [155]): „ut constitutum nullum habeat effectum, nisi subsit causa vel titulus justus“, Ulrich Huber [156]) noch schärfer: „Satis liquet constitutum non valere per se, verum semper alii accedere contractui negotiove efficaci et valido.“ Caspar Klock [157]), Balthasar [158]), Gilhausen [159]), Ludovici [160]), die sämtlichen Monographieen über das constitutum possessorium [161]) äussern sich in gleichem Sinne. Dieser Titel ist nicht immer ein zur Eigentumsübertragung geschickter [162]), gerade bei dem häufigsten Falle, dem Sicherungskonstitut, ist dies nicht der Fall. Ist der Titel ein Uebereignungstitel, wie Kauf, Tausch, Schenkung, und verfehlt derselbe aus irgend einem Grunde seine Wirkung in Bezug auf die Eigentumsübertragung, so geht auch der Besitz nicht über. „Unde et con-

---

[154]) So Flörke cap. III § 2; Wissel th. 35.

[155]) Collegium lib. 41, 2 § 17 S. 200.

[156]) Praelectionum pars III lib. 41, 2: De constituto possessorio S. 1418.

[157]) Cons. 35 nr. 187 sq. S. 614.

[158]) L. c. S. 621.

[159]) L. c. § 344 S. 336.

[160]) Im Thesaurus juris civilis, lib. 13, 5 Anm. 34 S. 532.

[161]) Vgl. Flörke cap. IV § 4; Dozen th. 8; Wissel th. 51; Brandes (Wippermann) th. 8; Clasen (Willebrandt) cap. I § 11.

[162]) Harburger (S. 10 A. 38) behauptet, von Hellfeld (repertorium reale), Schmidt (gazophylacium) und Struve (syntagma jur. civ.) sei angenommen worden, dass das constitutum possessorium nur bei Eigentumstradition möglich sei. Schmidt habe ich nicht einsehen können, Struve sagt nichts, Hellfeld das Gegenteil von dem, was Harburger behauptet.

sequens est, ut quoties constituens idem est dominus, tali clausula non transferat possessionem, nisi causa translationi dominii sufficiens adsit“ [163]). Das constitutum ist in seiner Qualität und in seinen Schicksalen vom Hauptvertrage abhängig, insbesondere ergreift die dem Hauptvertrage hinzugefügte Bedingung und Befristung auch das Konstitut, und zwar nach Lauterbach [164]) in dem Masse, dass die Vereinbarung, das dem bedingten Vertrage angehängte constitutum solle purum sein, der Rechtswirksamkeit entbehrt.

Das constitutum possessorium kann aber auch für sich bedingt oder befristet sein. Das Sicherungskonstitut ist, wie erwähnt, der Regel nach ein suspensiv-bedingtes, bedingt durch den Verzug des Schuldners. Die Schaumburg(Eyles)'sche Definition des Konstituts ist bereits erwähnt worden (S. 239). Stryk [164a]) sagt: „Constitutum possessorium cuius usus praecipuus etiam in materia mutui et constitutae propterea hypothecae deprehenditur, quoniam illud in casu, si debitor in mora est, civilem et naturalem possessionem bonorum debitoris in creditorem transfert“, und an einer anderen Stelle [165]): „Constitutum possessorium, quo ipso in casum morae civilis et naturalis bonorum debitoris possessio in creditorem transfertur, ut hinc ipsi interdicta retinendae et recuperandae possessionis remedia competant.“ Bei Ludovici [166]) heisst es: „Si debitor creditori promittit, quod in casum morae in solutione commissae rem hypothecae nomine obligatam non suo sed creditoris nomine possidere velit,

[163]) Wissel th. 51.

[164]) Collegium lib. 41, 2 § 19 S. 201.

[164a]) Specimen. Vol. IV, lib. 41, 1 § 33 S. 111.

[165]) Tractatus de cautelis contractuum necessariis (operum vol. 13 Franc. et Lips. 1752), sect. I cap. 5 § 24 S. 29. Vgl. auch Note 31 zu lib. 41, 2 S. 1330 des Thesaurus juris civilis. (Oben S. 239.)

[166]) Doctrina Pandectarum lib. 41, 1 § 29 flg. S. 607.

quod constitutum possessorium vocatur.“ Eine andere Stelle lautet[167]): „Si debitor creditori hypothecam in rebus suis constituit cum clausula constituti possessorii, vi cuius debitor rem oppignoratam in casu morae non proprio suo sed creditoris nomine possidet atque adeo creditorem in possessione constituit.“ Wenn in Verpfändungsurkunden gesagt wird, die Pfandbestellung erfolge „cum clausula constituti possessorii“, so bedeutet dies nach Ansicht der Schriftsteller des usus modernus nicht, dass der Schuldner sofort den juristischen Besitz zu Gunsten des Gläubigers verliere, es geschieht dies vielmehr erst mit seinem Verzuge. So sagt Stryk[168]), die Erklärung: „ich will zu mehrer Versicherung alle meine Güter cum clausula constituti possessorii verpfändet haben“, bewirke: „ut debitor in mora solvendi existens bona amplius non suo sed creditoris nomine possideat.“ Identische Aussprüche finden sich bei Ludovici[169]), Hellfeld[170]) und Wernher[171]). Dieses suspensiv bedingte Konstitut muss demjenigen, der in dem constitutum possessorium einen Besitzerwerb durch einen Stellvertreter sieht, als ein wahres Monstrum erscheinen; der Auffassung, welche das Konstitut als einen Besitzübertragungsvertrag betrachtet, liegt die Annahme eines suspensiv bedingten Konstituts nicht ferner, als die eines suspensiv bedingten Vertrages überhaupt. In den Konsilien der Juristen des usus modernus wird häufig mit dem suspensiv bedingten Konstitut operiert[172]). Eine eigentümliche Meinung hat Mas-

---

[167]) Usus practicus distinctionum juridicarum (ed. V Hal. 1735), lib. 13, 5 dist. 1 S. 247.

[168]) Tractatus de cautelis, sect. 2 cap. 4 § 19 S. 59.

[169]) An dem in Anm. 160 angegebenen Orte.

[170]) Repertorium reale practicum, vox constitutum.

[171]) Observationes, p. IV obs. 154 S. 914. Siehe oben S. 239.

[172]) Vgl. z. B. Just. Henn. Böhmer, Consultationum et decisionum juris tomi III p. I S. 697 nr. 1 sq.

cov[173]. Er kennt zwar ein bedingtes constitutum simplex[174], aber nur ein pures constitutum cum precario. Anhänger hat er nicht gefunden.

IV. In den Wirkungen unterscheidet sich das constitutum possessorium nicht von der realen Tradition. Es überträgt den Besitz, und zwar den civilen nebst dem naturalen, wenn es einfach ist, nur den ersteren, wenn der Konstituent die Sache als Prekarist zurückbehält. Lauterbach[175] lässt auch hier wieder die Parteienvereinbarung entscheiden, behandelt also auch in diesem Punkte das Konstitut ganz wie einen obligatorischen Vertrag. Auch eine Uebereignung kann durch constitutum possessorium vorgenommen werden. Ulrich Huber leugnet dies indessen für das abstrakte Konstitut: „Sed quod idem (Tiraquellus) per huiusmodi constitutum in contractu appositum transferri docet dominium per consequentiam possessionis, nullo modo admittendum est, neque id ex ullo textu vel ratione juris probatur nec adeo in foro versatur“ [176]. Er denkt eben nur an das Sicherungskonstitut und hat nur den Fall im Auge, dass die clausula constituti die „accessio“ einer Hypothek ist, insbesondere der vom Käufer zur Sicherheit für den gestundeten Kaufpreis mit dem Kaufobjekte bestellten. Er sagt[177]: „Quando debitor re sua carere non vult, et creditor obligatione pignoris non contentus possessionem ejus appetit, hoc pacto mediam quasi viam inire possunt, ut creditor rem possideat et debitor eam retineat, si hic scilicet constituat se rem nomine creditoris possidere.“ Eine derartige Verfügung ist ihm eine „pignoratio medii generis, inter pignora

---

[173]) Th. 19 S. 121.

[174]) Ueber den Sprachgebrauch Mascov's vgl. oben S. 246.

[175]) Collegium, lib. 41, 2 § 16 S. 199.

[176]) Praelectiones p. III lib. 41, 2 S. 1418.

[177]) Das. pars II, lib. 20, 1 nr. 16 S. 1037.

stricte sumpta et hypothecas" [176]). Dass Huber zu weit geht, ist schon im usus modernus nicht verkannt worden.

Dem Konstitutar stehen die possessorischen und petitorischen Rechtsmittel zu, insbesondere hat er, falls die Sache vom Konstituenten widerrechtlich an einen Dritten tradiert oder von dem Konstituenten im Stiche gelassen und dann von einem Dritten occupiert wird, gegen diesen das „remedium ex l. ult. C. d. aq. et ret. poss." [178]), gegen welches Rechtsmittel das beneficium excussionis nicht durchgreift [179]). Noch in einer anderen Hinsicht ist der Konstitutar günstiger gestellt, als andere Pfandgläubiger. Er wird gemeinhin für befugt erklärt, im Falle des Verzuges des Schuldners eigenmächtig, ohne vorhergegangene Anrufung des Richters, den Besitz der verpfändeten Objekte zu ergreifen; es wird in dem constitutum possessorium also zugleich ein stillschweigendes pactum de ingrediendo gesehen [180]).

---

[178]) Vgl. Lauterbach, Collegium lib. 41, 2 § 20 S. 202; Brunnemann, Commentarius in Pandectas, ad l. 18 h. t. S. 115, Commentarius in Codicem ad l. 12 h. t. S. 851; Flörke cap. V § 9 flg.; Berger im Thesaurus juris civilis, lib. 41, 2 Note 33 S. 1330; Mencken lib. 41, 2 nr. 6 S. 1156; Mascov th. 26 S. 130. — Frommann (th. 58) scheint das Rechtsmittel nur für den Fall zu gewähren, dass der Konstituent die Sache deseriert, nicht für den, dass er sie tradiert.

[179]) Vgl. Klock, Liber singularis relationum nec non insigniorum votorum, decisionum et rerum in camera imperiali ab anno 1600 ad hanc usque aetatem judicatarum (Norimb. 1680) rel. 145 nr. 23 S. 934; Lauterbach, Brunnemann, Frommann an den in der vorigen Anmerkung angegebenen Orten; Stryk, Usus modernus Pandectarum ad § 1 D. d. pign. act. 13,7; Flörke §§ 16, 20; Wissel th. 60; Struve, Jurisprudenz Buch II, 34 § 36 S. 490.

[180]) Vgl. Hahn, Observata, lib. 41, 2 S. 900; Brunnemann, Commentarius in Pandectas, ad l. 18 h. t. S. 115; Dav. Mevius, Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismariense delatis (Franc. a. M. 1705) P. V, decis. 351

Freilich, Gewalt darf der Konstitutar hierbei nicht anwenden; der Widerstand, den der Konstituent leistet, muss durch den Richter gebrochen werden[180]. Nur Gilhausen[181] gestattet dem Konstitutar auch eine gewaltsame Vertreibung des Schuldners, da er „isto casu non dicitur vim inferre, sed illatam propulsare", während Clasen (Willebrandt)[182] unterscheidet: „aut causa sive titulus, super quo constitutum factum, certus est et liquidus, ita ut a principio notorie appareat nec ullam recipiat dubitationem nec contradictionem, aut non est liquidus, forsan quod negatur constitutario jus tale competere aut aliae causae contradicendi justae adsunt"; im ersteren Falle ist dem Konstitutar Gewaltanwendung gestattet, im zweiten nicht.

V. Der durch constitutum possessorium erlangte Besitz erlischt teils schwerer, teils leichter als der körperliche. Schwerer insofern, als der Besitz des Konstitutars nicht mit dessen Tode zu Ende geht, sondern sich vererbt. Hierüber scheint fast Einstimmigkeit unter den deutschen Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts geherrscht zu haben[183], und noch Thibaut[184] bezeichnet „die in den Schriften der älteren Juristen so häufigen Behauptungen, dass das constitutum durch den Tod beider oder des einen der Kontrahenten erlösche", als „willkürlich". Leichter als der körperliche Besitz

---

S. 637; Lauterbach, Collegium, lib. 41,2 § 20 S. 202; Flörke cap. V §§ 7, 8; Brandes (Wippermann) th. 12 S. 47; Stryk (Selle) cap. 1 S. 466; Mencken lib. 41,2 nr. 6 S. 1156. — Struve, Diss. de vindicta privata (Jenae 1678) cap. 14 aphor. 3 S. 193 will dieses Recht des Konstitutars nicht anerkennen.

[181]) Cap. X § 6 nr. 7 S. 377.

[182]) Th. 7.

[183]) Vgl. z. B. Lauterbach, Collegium, lib. 41,2 § 21 S. 202; Flörke cap. V § 18, cap. VI § 4; Brandes (Wippermann) th. 13 S. 51; Clasen (Willebrandt) th. 8; Hofacker, Principia § 770 S. 48. Dagegen Wissel th. 62.

[184]) S. 44.

geht der durch constitutum erworbene insofern verloren, als hier ein Verzicht des Berechtigten eher angenommen wird als dort. Ueber die Einzelheiten gehen freilich auch in dieser Periode die Ansichten sehr auseinander. Einige [185]) lassen den Besitz schon dann erlöschen, wenn der Konstitutar zehn Jahre nach der Konstitutserklärung verstreichen lässt, ohne die Sache an sich zu nehmen, andere [186]) rechnen dieses Decennium erst vom Tode des Konstituenten ab, die meisten nehmen an, dass der Konstitutar des Besitzes überhaupt nicht verlustig geht, solange der Konstituent oder dessen Erben noch die Gewahrsam der Sache haben, und dass er einem Besitzverluste erst dann ausgesetzt ist, wenn sein Vertreter nicht mehr die Sache innehat. Weiss hier der Konstitutar, dass sich ein Dritter, sei es infolge einer Tradition des Konstituenten, sei es infolge eigenmächtiger Ergreifung, im Besitze der Sache befindet, und thut er nicht sogleich oder wenigstens innerhalb dreier Tage Schritte, ihn wieder zu entfernen, so verliert er den Besitz sofort; weiss er von dem Eindringen des Dritten nichts, so tritt der Besitzverlust erst in zehn Jahren ein. Dies ist die Meinung, welche Lauterbach [187]), Stryk [188]), Mascov [189]), Hofacker [190]) und andere

---

[185]) Vgl. Hahn, Observata S. 900; Brunnemann, Commentarius ad Pandectas, ad l. 18 D. h. t. S. 115; Mevius, Decisionum pars V decis. 352 S. 638 Note 11.

[186]) So Werner (Unverfärth) th. 19; Clasen (Willebrandt) cap. 6 § 9; für das ausdrückliche Konstitut Flörke cap. V § 18, während er für die clausula precarii der Ansicht der in der vorigen Anmerkung Genannten ist (vgl. cap. VII).

[187]) Collegium, lib. 41,2 § 21 S. 202.

[188]) Decades duae casuum controversorum (resp. Joh. Sieg. Durfeld), operum tom. VIII, disp. 31, cas. 7, 8 S. 507, tractatus de cautelis sect. 2 cap. 4 §§ 19, 20, S. 59. Vgl. auch de instrumentali possessione cap. 5 S. 479.

[189]) Th. 26 S. 130.

[190]) Principia § 770 S. 48.

vertreten, und von welcher der zu dritt Genannte sagt, dass sie den „usus forensis“ für sich habe. Werner (Unverfürth)[191]) und Clasen (Willebrandt)[192]) nehmen sofortigen Besitzverlust schon dann an, wenn die Sache vom Detentor nur im Stiche gelassen wird, und der Konstitutar dieselbe nicht sogleich, nachdem er hiervon erfahren, an sich nimmt. Im Falle der Unterschlagung durch den Konstituenten gewährt ersterer dagegen dem Prinzipal zur Wiedererlangung der Sache eine Frist von 30 Jahren, während nach Tabor[193]) die „vis constituti“ in allen Fällen so lange vorhält. Thibaut[194]) verwirft alle diese Verzichtspräsumptionen, und im heutigen gemeinen Recht sind sie verschollen. Nur der Codex Maximilianeus giebt von ihnen noch Kunde.

Auch in dieser Periode fehlt es nicht an Leugnern des Konstituts. Zu diesen gehört Schorch (Sömmering), der in seiner Abhandlung „de constituto possessorio in legibus Romanis non fundato“ die l. 18 Pr. D. h. t. so erklärt[195]): Es war jemand beauftragt, für einen andern den Besitz einer Sache zu ergreifen. Er ist indessen untreu gewesen und hat für sich selber erworben. Später empfindet er Reue und beschliesst, nicht mehr für sich, sondern für seinen Prinzipal besitzen zu wollen. Infolge dieses Willensentschlusses geht der Besitz nachträglich auf den Auftraggeber über. „Quod enim meo nomine adprehendi et meo nomine adhuc possideo, possum, si ad bonam fidem redire atque mandatum jam implere velim, mandantis, consequenter alieno nomine

[191]) Th. 19.

[192]) Cap. VI § 2.

[193]) Decisiones atque consultationes de variis selectisque juris publici, feudalis ac privati argumentis (Franc. a. M. 1702), XIII S. 79.

[194]) S. 44.

[195]) Erf. 1732. § 9 S. 17, 18.

possidere." Auch Esaias Pufendorf[196]) verwirft das Konstitut. Denn andernfalls wäre auch das Prekarium und die Miete der eigenen Sache rechtlich möglich, während das Gesetz (l. 4 § 3 D. d. prec. 43, 26, l. 40 § 3 D. h. t.) doch beides perhorresziere. Der Verfasser des „praktischen Kommentars über die Pandekten nach dem Lehrbuche von Hellfeld" sagt[197]): „Dieses constitutum possessorium will man aus der l. 18 D. d. p. beweisen. Ob es aber wirklich in dieser oder einer andern Gesetzstelle enthalten sei, d. h. ob man durch einen blossen Vertrag auf diese Weise den Besitz und das Eigentum auf einen andern übertragen könne, ist noch sehr zweifelhaft, und mehrere Rechtsgelehrte haben die ganze Sache für eine Erfindung der Glossatoren mit Recht erklärt; denn durch diese Missgeburt würde mancher rechtschaffene Schuldner von seinem boshaften hypothekarischen Gläubiger an den Bettelstab gebracht werden können." Der gleiche Ausspruch mit Ausnahme des letzten Passus findet sich in einer Anmerkung Adolf Dietrich Weber's zu § 282[198]) des Höpfner'schen Kommentars über die Heinecci'schen Institutionen. Spangenberg[199]) behauptet, „der Vertrag de constituto possessorio," eine „nach Anleitung der l. 18 D. d. p. erfundene Klausel", übertrage den Besitz nicht von selber, noch weniger erteile er das Recht, eigenmächtig Gewalt zu gebrauchen, vielmehr gewähre er nur die Befugnis, „durch possessorische Rechtsmittel den Besitz in Kürze zu erlangen". Auch Thibaut[200]) erklärt den „Vertrag, welchen man constitutum possessorium nennt", für „ein sehr abweichendes Mittel, den

---

[196]) Observationes juris universi (Cell. 1757), tom. I, obs. 10 S. 16.

[197]) Teil 15, Buch 41, 2 S. 490.

[198]) S. 209 Anm. 12.

[199]) § 32 S. 52, 53 und Anm.

[200]) S. 43.

Besitz zu erwerben". Gerade die Savigny unmittelbar voraufgehende Theorie zeichnet sich also durch besonders geringes Verständnis für das Wesen des Konstituts aus. Es ist deshalb nicht eben verwunderlich, dass die von Savigny aufs neue geschehene Subsumierung unter den Begriff des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter für eine ganz neue Entdeckung gehalten und als solche gepriesen wurde, während diese Erklärung doch, wie wir gesehen haben, von der Zeit der Glossatoren an stets und auch noch im 18. Jahrhundert Vertreter gehabt hatte.

§ 4.

Die symbolische Tradition.

I. Die Idee der symbolischen Tradition ist, wie wir gesehen, dem usus modernus bereits überliefert worden, sie ist nicht erst in seinem Schosse entstanden. Aber sie fand hier einen empfänglichen Boden. Denn seit der Mitte des 17. Jahrhunderts war den deutschen Juristen auch das Interesse am einheimischen Recht erwacht, und leidliche Kenntnis desselben war die Frucht dieses Interesses gewesen. Im germanischen Recht hatte es stets Uebereignungen unter Anwendung von Symbolen gegeben, auch im damaligen Verkehr kamen solche Eigentumsübertragungen noch vor. Was lag näher, als anzunehmen, dass auch das römische Recht eine symbolische Tradition gekannt habe, um so mehr, als die Juristen des usus modernus mit dieser Annahme sich lediglich der Auffassung ihrer Vorgänger anschlossen. So wird denn sowohl bei der Besprechung der germanischen symbolischen Tradition erwähnt, dass auch im römischen Recht eine solche vorkomme[201]), als auch bei Erörte-

---

[201]) Vgl. z. B. Schilter, Codex juris Alemannici, ad cap. 4 de homagio § 2 S. 144; Joh. Gottfr. Bauer, De indole et na-

rung römischer Traditionsarten auf die germanischen Auflassungsformen hingewiesen [202]). Dies ist aber auch die ganze Einwirkung, welche das einheimische Recht auf die Theorie des usus modernus von der symbolischen Tradition ausgeübt hat [203]). Eine Vermengung römischer und germanischer Rechtsinstitute findet sich in unserer Lehre nirgendwo, man war sich vielmehr stets bewusst, dass die Schlüssel-, die Instrumentsübergabe römischen Ursprungs sind und durch den Inhalt der römischen Quellen ihre nähere Bestimmung erfahren müssen, und andererseits — in sehr anerkennenswertem Gegensatze zu der älteren Theorie —, dass die Auflassung ein germanisches Institut ist, und dass römische Rechtsprinzipien hier nicht verwendbar sind.

In der Theorie des usus modernus findet sich ein doppelter Begriff der symbolischen Tradition. Die einen, und sie sind sehr in der Mehrzahl [204]), verstehen unter symbolischer Tradition diejenige, welche durch Uebergabe einer das Veräusserungsobjekt repräsentierenden Sache erfolgt, „quae fit per symbolum, id est per talem rem, quae rem ipsam alias tradendam repraesentat“ [205]), oder, wie es bei einem andern Schriftsteller [206]) heisst: „quae fit interveniente symbolo rem transferendam repraesentante“. Statt „symbolum“ wird auch „nota“ und „signum“ gebraucht. So sagt z. B. Gerhard Felt-

---

tura investiturae feudalis (Resp. Henr. Car. Reinhardt) (Lips. 1787, opusculorum academicorum tom. II, Nr. 54) § 23 S. 183; Esaias Pufendorf tom. I obs. 2 S. 2.

[202]) Vgl. bes. Just. Henn. Böhmer ad § 45 I. d. R. D. S. 185, auch Schaumburg (Eyles) cap. 3 § 1.

[203]) Ich trete also Exner (Rechtserwerb durch Tradition S. 163) vollkommen bei.

[204]) Wenn Exner (S. 251 Anm. 249) entgegengesetzter Ansicht ist, so beruht dies darauf, dass ihm ungenügendes Material vorlag. Vgl. noch Christ. Wolf l. c. § 72, tom. III S. 45.

[205]) Ludovici, Doctrina Pandectarum S. 607.

[206]) Hofacker, Principia § 940 S. 165.

mann[207]): „Ejusmodi traditio fieri intelligitur, quoties non ipsa res sed nota aliquis vel signum traditur“, und Heinrich Cocceji[208]): „Symbolica, qua loco rei signum aliquod accipitur animo apprehendendae possessionis.“ Die deutsch schreibenden Autoren übersetzen „repraesentare“, ganz entsprechend dem Wesen einer symbolischen Tradition, mit „vorstellen“. So sagt Dabelow[209]): „wenn durch eine die Sache vorstellende andere Sache — Symbol — die Uebergabe geschieht (traditio symbolica)“. Bei Höpfner[210]) und ebenso in dem Kommentar über die Pandekten nach Hellfeld[211]) heisst es: „Auch durch ein Zeichen kann eine Sache tradiert werden, d. h. man kann einem statt der Sache etwas übergeben, was die Sache vorstellt. Dies heisst die symbolische Uebergabe.“ Neben dieser Auffassung der symbolischen Tradition steht eine andere, die in der älteren Theorie ebenfalls bereits vorkommt, und nach welcher das Repräsentierende nicht die tatsächlich übergebene Sache, das Repräsentierte nicht das Veräusserungsobjekt ist, sondern das Repräsentierende in dem ganzen symbolischen Akte, z. B. in der Uebergabe der Schlüssel, das Repräsentierte in der eigentlichen Tradition besteht. So definiert Stryk[212]) die symbolische Tradition als diejenige, „ubi non res ipsa traditur, sed actus aliquis repraesentans traditionem celebratur.“ Eyles[213]) sagt von ihr: „Symbolica traditio est illa, quando non res ipsa traditur sed actus aliquis traditio-

[207]) Tractatus de jure in re et ad rem (duorum fratrum Gerhardi et Theodori Feltman opera juridica, tom. I, Arnh. 1764) cap. 13 nr. 27 sq. S. 90.

[208]) Hypomnemata lib. 2, 1 nr. 56 S. 42.

[209]) Teil 1 § 75 S. 80.

[210]) Kommentar über die Heinecci'schen Institutionen § 335 S. 247.

[211]) Buch 41, 2 S. 473, 474.

[212]) De investitura abusiva cap. II S. 175.

[213]) Cap. I § 10.

nem repraesentans celebratur adeoque analogum quoddam et signum intervenit, quo ipso rem nunc esse traditam declaratur.“ Cramer[214]) bemerkt: „Traditio symbolice fieri dicitur, si actus celebratur traditionis repraesentativus,“ dann weiter: „Cum itaque actus traditionis repraesentativus celebrari possit, etiamsi res alia a tradenda diversa non interveniat, essentialia vero constanter insint, modi saltem interdum, traditionis symbolicae essentiale non est adhibitio rei alius a tradenda diversae, sed ea saltem ad modos illius pertinet,“ und zum Schlusse: „Nobis sufficiat quod etsi res diversa intervenerit, attamen non tam ea, quam actus translationis symboli spectandus sit, cum traditionis cardo in translatione versetur.“ Vinnius[215]) und Westenberg[216]) bezeichnen die symbolische Tradition als diejenige, „quae nota aliqua aut symbolo veram repraesentat“. Nach Engelbrecht (Lautitz)[217]) ist der Fall der traditio symbolica gegeben, „si signum aliquod loco verae traditionis exhibeatur, per quod res tradita significetur“. Strauch[218]) teilt die Tradition ein in „vera“, „ficta“ und „symbolum aliquid“. Cornelius van Eck[219]) endlich erklärt: „Traditio symbolica est, cum symbolum vel signum traditionis habetur pro traditione.“

Je nach der Auffassung von der symbolischen Tradition ist die Anzahl und die Art der Fälle, welche unter ihren Begriff subsumiert werden, verschieden. Die Auffassung der Mehrheit, welche als symbolische Tradition nur diejenige Uebereignung bezeichnet, welche

---

[214]) De impossibili possessionis in diem traditione symbolica §§ 50, 51 S. 656.

[215]) Ad § 45 I. d. R. D. S. 222, ebenso ad § 40 eod.

[216]) Lib. 41, 1, tom. II § 156 S. 719.

[217]) Exercitatio de rerum divisione et acquir. ips. dom. (Helmst. 1680) th. 62.

[218]) Diss. VI th. 38 S. 142.

[219]) Principia, lib. 41, 1 nr. 47 S. 734.

sich durch Einhändigung eines vom Veräusserungsgegenstande verschiedenen Objekts vollzieht, kann von den römischen Fällen der traditio ficta nur die Schlüssel- und die Instrumentsübergabe hierher zählen. Wenn Rennemann[220]), Heinrich Cocceji[221]), Gerhard Feltmann[222]) und Ludovici[223]), die diese Auffassung vertreten, auch die Signation, die beiden letztgenannten selbst die custodis appositio als symbolische Tradition betrachten, so ist dies ungereimt. Dagegen sind diejenigen Schriftsteller, welche nicht den bei der traditio ficta überreichten Gegenstand, sondern den ganzen Akt der traditio ficta als das Symbol ansehen, ganz berechtigt, auch die Zeichnung und die Aufstellung eines Wächters eine symbolische Uebereignung zu nennen, wie dies Strauch, van Eck, Vinnius, Cramer und Westenberg auch thun. Ja, wenn Westenberg auch die longa manu traditio als traditio symbolica aufführt, und van Eck als Belegstellen unter anderen auch die l. 46 D. d. R. V. und die l. 20 D. d. serv. zitiert, so ist auch hiergegen von ihrem Standpunkte aus nichts zu erinnern. Erwähnenswert ist schliesslich, dass mehrere Autoren, die keine Begriffsbestimmung der symbolischen Tradition geben, als Arten derselben ebenfalls auch solche Fälle der uneigentlichen Tradition nennen, deren Charakteristikon nicht in der Uebergabe einer von dem Veräusserungsobjekte verschiedenen Sache besteht, so Otto[224]) die Signation, Clasen (Willebrandt)[225]) und Titius[226]) diese und die custodis ap-

---

[220]) Disp. 9 th. 15 S. 117 Anm. a.

[221]) Hypomnemata, lib. 2, 1 nr. 56 S. 42.

[222]) An dem in Anm. 207 angegebenen Orte.

[223]) Usus practicus, lib. 41, 1, dist. 9 p. 3 S. 143.

[224]) Ad §§ 44, 45 I. d. R. D. S. 198 flg.

[225]) Introitus.

[226]) Juris privati Romano-Germanici lib. II cap. 4 § 37 S. 203.

positio, Spangenberg[227]) die custodis appositio und „die Uebergabe durch Fingerzeig von weitem (longa manu)".

II. Im Folgenden haben wir von demjenigen Begriffe der traditio symbolica auszugehen, für welchen sich die Mehrzahl der deutschen Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts erklärt, und deren Hauptfälle die clavium und die instrumentalis traditio sind. Hier drängt sich nun sofort die Frage auf: Beschränken die Juristen des usus modernus diese symbolische Tradition auf die im corpus juris civilis behandelten Fälle, oder halten sie auch andere Gegenstände, als Schlüssel und Erwerbsurkunde, für geeignet, die Rolle des Symbols zu spielen? und bejahenden Falls welche? Hierauf ist Folgendes zu antworten: Auf die Fälle des corpus juris civilis beschränkt der usus modernus die symbolische Tradition zwar nicht, hinzu treten vielmehr noch einige deutschrechtliche Tatbestände, insbesondere die Investitur. Aber andererseits wird die Wahl des Traditionssymbols auch nicht lediglich der Parteienwillkür überlassen; es wird nicht gestattet, dass sich die Kontrahenten das Symbol, dessen sie sich bedienen wollen, selber aussuchen. Vielmehr wird die Tauglichkeit eines Objekts, ein anderes bei der Tradition zu repräsentieren, durch das Recht selber bestimmt, aber allerdings nicht bloss durch das geschriebene, sondern auch durch das ungeschriebene. „Aliae autem notae et symbola ... quia in jure nullibi agnoscuntur, nec nos quoque admittere possumus ... Quare etiam si imaginem et effigiem rei talis quis animo rem ipsam in alterum transferendi traderet, nihil tamen horum, nempe neque rei illius possessio neque etiam dominium propter defectum in forma huius affectatae quasi tradi-

[227]) § 28 S. 45.

tionis transiret et sic nullam adhuc in rem istam moralem facultatem acquirens consecutus esset"[228]). Doch gehen einige Autoren weiter. Ludovici[229]) begnügt sich damit, dass das Symbol mit der Sache „connexionem quandam habet, ita ut penes quem illud symbolum deprehenditur, penes hunc quoque regulariter dominium rei sit". Stryk (Selle)[230]), Madihn[231]) und Schmalz[232]) lassen jedes von den Kontrahenten beliebte Zeichen zu.

Nach der Ansicht vieler reicht die blosse Uebergabe der gesetzlichen Symbole nun aber noch nicht einmal zur Besitzübertragung aus, es muss Präsenz des Veräusserungsobjekts hinzukommen. Damit verliert denn freilich die Symbolsübergabe für das corpus possessionis jede Bedeutung. Vertreten wird diese Meinung von Voet[233]), Berger[234]), Mascov[235]), Schnaubert[236]), Westphal[237]) und dem Verfasser des Kommentars über die Pandekten nach Hellfeld[238]), die sich allerdings zum Teil so kurz fassen, dass man billig zweifeln darf, ob sie sich der Konsequenzen ihrer Ansicht voll bewusst

[228]) Frommann th. 36.

[229]) Usus practicus lib. 41, 1 dist. 9 p. III S. 143.

[230]) Cap. 3 S. 473: „Atqui vero ad possessionem transferendam quodvis signum sufficiet, de quo modo constiterit eo animo idem traditum esse, ut simul possessio ad alterum transeat."

[231]) Principia § 59 S. 72: „Traditio symbolica quae tantum signa comprehendere potest per legem aut per conventionem determinata."

[232]) Handbuch § 199 S. 80 Anm. a: „Symbol kann übrigens alles sein, was man will."

[233]) Commentarius ad Pandectas, ad lib. 12, 1 nr. 5 S. 12.

[234]) Oeconomia th. 19 S. 186.

[235]) Th. 10 S. 113.

[236]) Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts (Braunschw. 1791), lib. I sect. I cap. 6 § 101 S. 283, § 103 S. 296.

[237]) System § 133 S. 110.

[238]) Buch 41, 1 S. 474.

gewesen sind. Der zuletzt Genannte stellt überdies das Erfordernis der praesentia nur für das römische, nicht für das Recht seiner Zeit auf. Eigentümlich sind die Ausführungen von Stryk (Gunther) in der Abhandlung de investitura abusiva. Er findet einen Widerspruch zwischen l. 74 D. d. C. E. und l. 1 C. d. don. und löst denselben durch die Annahme, dass in der letzteren Stelle nur von einem Uebergange des Eigentums, in der ersteren auch von einem solchen des Besitzes die Rede sei. „Possessio enim non nisi actu corporali acquiri potest et ita videtur explicanda l. 74 D. d. C. E. Ast et sine possessione dominia rerum transferri posse patet exemplo cessionis in jure, haereditatis, legatorum. Et ita explicata l. 1 C. d. don. legi 74 D. d. C. E. haud obstat“ [239]). Zu einem verwandten Resultate gelangt Esaias Pufendorf. Für die römischen symbolischen Traditionen fordert er allerdings schlechthin Uebergabe des Symbols „in praesentia ipsius rei“ [240]). Für das geltende Recht dagegen lässt er eine instrumentalis traditio auch in Abwesenheit der Sache zu, doch nur mit der Wirkung der Eigentumsübertragung, „possessio eodem modo transferri nequit, sed rei contactus vel praesentia utique requiritur“ [241]).

Einige andere Schriftsteller fordern zwar nicht die Präsenz der Sache, dafür aber, dass der Empfänger durch die Einhändigung des Symbols die Herrschaft über die Sache erlange. Die blosse Uebergabe des Symbols ist auch ihnen zum Besitzerwerbe nicht genug. So sagt Vinnius [242]): „Nam et symbolica traditio esse debet, ut per eam res potestati nostrae statim subjiciatur.“ Mencken giebt an verschiedenen

---

[239]) Cap. II S. 175.
[240]) Tom. I obs. 2 S. 2.
[241]) Obs. 9 S. 15.
[242]) Ad § 45 I. d. R. D. S. 222.

Stellen[243]) die Begriffsbestimmung: „Symbolica: quando in locum rei transferendae aliud quid quod eam repraesentet et in illam potestatem accipienti faciat, animo rem transferendi traditur.“ Bei Frommann[244]) heisst es: „Praeterea res quaelibet transferri et naturaliter quidem possunt etiam oculis et sensibus non expositae, si voluntas utriusque declarata fuerit traditione et acceptatione notae cujusdam aut symboli rem ita repraesentantis, ut eo mediante ipsi accipienti realis in rem transferendam potestas fiat, ipse autem transferens omni potestate rem illam retinendi se actualiter, non verbaliter tantum privet.“

III. Betrachten wir jetzt die einzelnen Arten der symbolischen Tradition.

Zunächst die Uebereignung durch Aushändigung der Schlüssel. Die Theorie des usus modernus verlangt hier, ebenso wie die ältere Theorie, dass die Schlüssel in unmittelbarer Nähe des Behältnisses, in welchem sich die Veräusserungsobjekte befinden, übergeben werden. Doch giebt es Dissentienten. So meint Gerhard Feltmann[245]): „Leges nil aliud poscunt, quam ut claves ad horreum vel cellam, in qua est res vendita, tradatur.“ Die l. 77 D. d. C. E. hält er für nicht widersprechend: „Nam ibi Ictus de casu proposito, in quo apud horreum claves erant traditae, respondet.“ Peter Müller[246]) sagt: „Praesentiam horrei non praecise requiri in traditione clavium, sed procul ab horreis claves tradi quoque posse, cum alias traditio earum nihil operaretur, quippe cum solus adspectus ad

---

[243]) Theoriae et praxeos pars II, lib. 41, 2 nr. 41 S. 1149, Instit. lib. II, 1 S. 54.

[244]) Th. 34.

[245]) Tripertita ad § 45 I. d. R. D. Note n, operum tom. III S. 114.

[246]) Anm. ζ zu Struve's Syntagma P. III, exerc. 42, th. 13 S. 147.

possessionis acquisitionem sufficeret." Nach Stryk[247]) ist zwar praesentia des Behältnisses das Regelmässige. Doch ist er der Ansicht: „pacto effici posse, ut etiam extra rei praesentiam expediri possit possessionis translatio per claves." Als Formel giebt er an: „Dass bei Uebergebung dieser Schlüssel ihm zugleich die Possession der in Leipzig befindlichen Ware soll überliefert sein." Seine Beweisführung beschränkt sich auf den Satz: „Si enim solum constitutum sufficit, cur non et pactum absente re." Ludovici[248]) und Schaumburg (Eyles)[249]) schliessen sich der Ansicht Stryk's an. Bekämpft wird sie namentlich von Berger[250]). In Struve's Jurisprudenz ist an zwei Stellen[251]) von der Tradition durch Uebergabe der Schlüssel die Rede, ohne dass der praesentia des Behältnisses hierbei Erwähnung gethan wird. Danach dürfte anzunehmen sein, dass Struve diese praesentia wenigstens nach geltendem Recht auch nicht für erforderlich erachtet hat. Auch Balthasar[252]) erwähnt nichts davon, dass die Schlüssel in der Nähe des Speichers überreicht werden müssen. Brunnemann[253]) bezeichnet die Nähe des Behältnisses als eine „levis circumstantia", die, wie er fürchte, von den Kaufleuten nicht beachtet werde. In den Noten zu den Institutionen und Pandekten „in usum auditorii Thomasiani"[254]) heisst es: „Transfertur dominium etiam traditione ficta, v. g. si claves traditae sint, quod

[247]) Tractatus de cautelis sect. II cap. 8 § 22 S. 95, Specimen vol. IV, lib. 41, 1 § 34 S. 112.

[248]) Doctrina Pandectarum lib. 41, 1 § 29 sq. S. 607, Usus practicus lib. 41, 1 dist. 9 p. III S. 145.

[249]) Cap. II § 10.

[250]) Electa disceptationum forensium, Supplementa P. II (Lips. 1740). Tit. V No. 13 ad obs. 5 S. 134.

[251]) Buch II, 1 § 61 S. 260, Buch II, 35 § 8 S. 496.

[252]) S. 618.

[253]) Commentarius in Pandectas ad l. 74 d. C. E. S. 657.

[254]) Hal. 1713, ad lib. II, 1 S. 148.

valet etiam re non praesente, quamvis communiter Dd. dissentiant propter l. 74 D. d. C. E. Moribus tamen prior sententia in usu est.“ Die Aeusserung Püttmann's[255], welche Exner (S. 157) anführt, bezieht sich lediglich auf Gerade und Heergeräte.

Auch die Uebertragung des Behältnisses durch Uebergabe der zu ihm gehörigen Schlüssel kommt in der Theorie des usus modernus vor. So bei Diodor van Tulden[256], Gilhausen[257], Frommann[258], Dabelow[259], Weber[260] und dem Verfasser des Kommentars über die Pandekten nach Hellfeld[261] die eines Hauses, bei Stryk (Kupner)[262] und Peter Müller[263] die eines Schlosses, bei Cramer[264] die einer Stadt und einer Burg. Von diesen Autoren sagt Müller ausdrücklich, dass die praesentia der Sache nicht erforderlich sei, Weber und der Verfasser des Kommentars über die Pandekten nach Hellfeld sind wenigstens für das Recht ihrer Zeit derselben Ansicht. Die übrigen äussern sich hierüber nicht. Doch darf man annehmen, dass auch Gilhausen und Frommann an eine Uebergabe in der Nähe des Gebäudes nicht denken. Denn die Wirkung dieser Uebergabe, den Be-

---

[255]) Miscellaneorum liber singularis (Lips. 1793) cap. 36 S. 378.

[256]) Commentarius ad Codicem Justinianeum (Lov. 1701), lib. VII, 32 nr. 6 S. 475.

[257]) Cap. 6 p. I § 342 S. 335.

[258]) Th. 53.

[259]) Handbuch Teil I § 75 S. 80 Note o.

[260]) Anm. 3 zu § 335 S. 247 des Höpfner'schen Kommentars über die Heinecci'schen Institutionen.

[261]) Buch 41, 1 S. 474.

[262]) Operum tom. I disp. 24 de fortalitiis cap. 3 nr. 21 S. 470.

[263]) Anm. ϑ zu Struve's Syntagma P. III, exerc. 41 th. 57 S. 131.

[264]) De impossibili possessionis in diem traditione symbolica § 51 S. 657.

sitzübergang des Gebäudes, begründen sie einmal damit, dass die Schlüssel ein Teil des Gebäudes seien — unter Bezugnahme auf l. 3 Pr. D. h. t. —, und ferner damit, dass die Schlüsseleinhändigung, wenn sie nicht die Uebereignung des Gebäudes zur Folge hätte, überhaupt keinen Sinn haben würde. Frommann verweist zudem auf die Instrumentsübergabe, für welche er die Notwendigkeit der praesentia des Veräusserungsobjekts ausdrücklich bestreitet. Den Schlüsseln stellt Frommann[265]) gleich „quodlibet instrumentum ordinatum ex instituto ad occlusum quid aperiendum“, Gilhausen[257]) und Müller[266]) wenigstens den Riegel (vectis).

Die instrumentalis traditio ist auch in der Theorie des usus modernus weder dem Titel noch dem Objekte nach beschränkt. Im allgemeinen wird daran festgehalten, dass das zu übergebende Instrument die Erwerbsurkunde des Veräusserers sein muss. Doch findet sich auch eine Menge laxerer Auffassungen. Nach Struve's Jurisprudentia forensis[267]), nach Mevius[268]) und Clasen (Willebrandt)[269]) überträgt die Einhändigung einer Urkunde das Eigentum aller „res isthoc instrumento descriptae“. Als Belegstelle führt Clasen auch die l. 77 D. d. R. V. an, wo es sich um Uebersendung der Veräusserungsurkunde handelt. In der Jurisprudenz[270]) spricht Struve von brieflichen Urkunden, „so wegen des Gutes aufgerichtet worden“. Hoppe[271]) hält für ausreichend alle „instrumenta de re conscripta“. Sein Herausgeber Walch verlangt nur, dass in der Urkunde von der Sache die Rede ist, eine

---

[265]) Th. 34.

[266]) An dem in Anm. 246 angegebenen Orte.

[267]) Lib. II, 1 § 61 S. 142.

[268]) Cons. 64 nr. 9 sq. S. 856.

[269]) L. c. Introitus.

[270]) Buch II, 1 § 61 S. 260.

[271]) Ad § 44 I. d. R. D. S. 305.

Ansicht, die vor ihm bereits Peter Müller[272]) vertreten hatte. Auch Höpfner[273]) begnügt sich mit den von der Sache sprechenden Dokumenten, der Verfasser des Kommentars über die Pandekten nach Hellfeld[274]) mit den über die Sache abgefassten Dokumenten. Thibaut[275]) erstreckt die l. 1 C. d. don. wenigstens auf alle Urkunden, welche das Besitzrecht des Veräusserers beweisen. Dagegen gehören Lauterbach[276]) und Frommann[277]), welche die Uebergabe von solchen instrumenta fordern, „quibus res aliqua regitur et sine quibus inutilis foret," nicht hierher, da sie unter den instrumenta jedenfalls nicht Urkunden, sondern Ausrüstungsstücke verstehen. Heineccius[278]) lässt durch die Ueberreichung eines Inventars das Eigentum der darin verzeichneten Gegenstände übergehen. Ja es wird auch der Uebergabe der Veräusserungsurkunde, des instrumentum novum, vereinzelt dingliche Wirkung beigelegt. Rennemann[279]) ist nicht wohl anders zu verstehen, wenn er sagt, dass derjenige, der die Urkunde übergebe, „res isthoc instrumento cuiquam adscriptas tradidisse subintelligitur," und als Belag neben l. 1 C. d. don. l. 77 D. d. R. V. anführt. Das Gleiche gilt von Vinnius[280]), bei dem es heisst: „Traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita et translata intelli-

---

[272]) Anm. η zu Struve's Syntagma P. III, exerc. 41 th. 57 S. 131.

[273]) Kommentar über die Heinecci'schen Institutionen § 335 S. 247.

[274]) Buch 41, 1 S. 474.

[275]) § 19 S. 37 flg.

[276]) Collegium, lib. 41, 1 § 68 S. 164.

[277]) Th. 36.

[278]) Consilia, decisiones et responsa juris (Vratisl. 1744). Resp. 9 nr. 21 S. 172.

[279]) Disp. 9 th. 15 Note a S. 117.

[280]) Ad § 45 I. d. R. D. S. 222.

gitur." Samuel Stryk im tractatus de cautelis[281]) und im Specimen usus moderni Pandectarum[282]) spricht zwar der blossen schriftlichen Veräusserungserklärung die Wirkung der Eigentumsübertragung ab, dingliche Wirkung hat dagegen nach ihm die Ueberreichung einer Urkunde, welche die Klausel enthält: „dass der Verkäufer zugleich vermittelst Ueberreichung dieses Kaufbriefes den Käufer in den völligen Besitz des Hauses gesetzt haben wolle." Das, woran Stryk hier denkt, ist nichts anderes, als die Auflassung per cartam. Schaumburg (Eyles)[283]) und Ludovici[284]) schliessen sich auch hier wieder Stryk an, zu seinen Gegnern gehört auch hier wieder in erster Linie Berger[285]), der gegen ihn bemerkt: „Possessio est facti atque ad sui acquisitionem opus habet actu quodam corporeo eoque satis accommodato, cuiusmodi actus solis verbis non efficitur, quamvis eis accesserit traditio instrumenti." Auch die unter den Auspizien Stryk's entstandene Disputation de instrumentali possessione[286]) teilt seine Ansicht nicht. Allerdings nimmt sie an, dass zwar nicht zur Eigentums-, wohl aber zur blossen Besitzübertragung schon die Uebergabe der Veräusserungsurkunde hinreiche. Sie beruft sich auf das constitutum possessorium, wo „sola conventio" genüge „ad id, ut in te transferatur possessio", und auf die l. 48 D. h. t., wo durch die Erklärung des Schenkers: „se praediorum donatorum possessionem transtulisse" der Besitz übergehe, und die Rücksendung des Sklaven nur ein „remedium" sei, „quo donatarius testatur animum apprehendendi, idemque per unum servum ceteris significatur".

---

281) Sect. II cap. 8 § 22 S. 95.
282) Vol. IV, lib. 41, 1 § 34 S. 112.
283) Cap. II § 13.
284) Usus practicus, lib. 41, 1 dist. 9 p. 3 S. 145.
285) An dem in Anm. 250 angegebenen Orte.
286) Cap. 3 S. 474.

Sie bricht aber diesen Ausführungen dadurch die Spitze ab, dass sie die Frage aufwirft, ob die Uebergabe der Urkunde angesichts der Sache zu erfolgen habe, und die bejahende Antwort zwar nicht für zweifellos richtiger, wohl aber für „tutior" erklärt.

Von Frommann[287], Peter Müller[288] und Schaumburg (Eyles)[289] wird auch der alte Fall der Glosse, die Uebereignung des Pferdes durch Uebergabe von Zaum und Halfter erwähnt, von Schaumburg mit den Worten: „Traditione freni et sellae, quibus ducitur et gubernatur equus, transfertur dominium equi." Praesentia des Pferdes wird nicht verlangt, von Müller sogar ausdrücklich für nicht erforderlich erklärt.

Gemeinhin ebenfalls unter den Arten der traditio symbolica wird die investitura abusiva aufgeführt. Die Ansichten der deutschen Jurisprudenz über dieses Rechtsinstitut haben während des 17. und 18. Jahrhunderts eine bedeutsame Wandelung durchgemacht. Die Theoretiker der Renaissancezeit stimmten in der Auffassung der investitura abusiva mit den Postglossatoren überein, indem sie annahmen, dass weder Besitz noch Eigentum durch sie übertragen werde. Die Opposition hiergegen war nur eine vereinzelte. Diese Ansicht erhielt sich auch während der ersten Zeit des usus modernus als die herrschende. Frantzke[290], Struve[291], Frommann[292], Voet[293] zählen zu ihren Vertretern.

---

[287]) Th. 36.

[288]) Anm. ϑ zu Struve's Syntagma P. III, exerc. 41 th. 57 S. 131.

[289]) Cap. II § 14.

[290]) Resolutionum lib. 3 resol. 1 nr. 129 S. 88.

[291]) Syntagma juris feudalis cap. 8 § 9 S. 281.

[292]) Th. 36.

[293]) Commentarius ad Pandectas tom. V lib. 38. Digressio de feudis nr. 38 S. 537.

Doch fehlt es schon um diese Zeit nicht an namhaften Gegnern. Benedict Carpzov[294]) lässt durch die investitura abusiva das Eigentum, wenn auch nicht den Besitz übergehen. Ebenso Johannes Philippi[295]). Dieselbe Ansicht vertreten dann in ausführlicher Erörterung Schilter[296]) und Stryk (Gunther) in der Abhandlung de investitura abusiva. Bedeutungsvoll in ihrer Argumentation ist die wiederholte, energische Betonung, dass das römische Recht durchaus ungeeignet sei, in dieser Materie irgend etwas zu beweisen. Stryk führt aus[297]): Das Prinzip des römischen Rechts, dass eine „corporalis translatio“ zum Eigentumsübergange erforderlich sei, sei rein positiv; dass es auch in das Lehnrecht Eingang gefunden habe, also nachzuweisen. Das Verkehrsleben der alten germanischen Völkerschaften sei von dem der Römer sehr verschieden gewesen, Rechtssätze der letzteren liessen sich deshalb nicht so ohne weiteres auf die deutschen Verhältnisse übertragen. Schilter sagt von der Eigentum übertragenden Kraft der investitura abusiva: „Certe rem satis apricam esse omnibus arbitror, qui terminos juris feudalis intimius intelligunt, idque non ex interpretum

---

[294]) Synopsis juris feudalis (Lips. 1647). Disputatio feudalis sexta: De investitura feudi (resp. Theod. Mestel) Pos. 4. Vgl. auch responsa juris electoralia (Lips. 1709). Lib. VI tit. 8 resp. 76 S. 332. Anders anscheinend Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica (Lips. et Franc. 1684) P. II const. 45 def. 4 S. 818: „Aliud dicendum arbitror, si alteruter possessionem nactus fuerit, qui procul dubio potior esse debet illo, qui simplici investitura nititur, etiamsi posterior sit.“

[295]) Usus practicus Institutionum Justinianearum (Lips. 1665). Lib. IV, eclog. 73 ex § 6 d. interd. S. 980.

[296]) Codex juris Alemannici S. 142 flg. Ebenso Dissertatio juris feudalis Teutonici de investitura principum imperii simultanea cap. I § 3 S. 334, Praxis juris Romani tom. I exerc. 13 § 27 S. 267, tom. III exerc. 45 § 38 S. 59.

[297]) Cap. III S. 178.

Italorum solo jure Justinianeo imbutorum et omnia ad istam decempedem exigentium opinionibus et traditionibus, quorum alter alterum eadem infelicitate sequi solet, verum ex nativo idiomate linguae Teutonicae et ex historia juris nostri: quibus mediis cum destituerentur, qui primum aggressi sunt jus feudale interpretari, et verbis juris nostri ex alieno jure alienas significationes affinxerunt et rebus decidendis peregrina principia quaesiverunt. Quod nescio utrum infelicitati saeculorum istorum adscribendum, an socordiae vel malitiae interpretum Italorum jus nostrum, cuius imperiti erant, supprimere satagentium.“ Die von Schilter und Stryk geschaffene Grundlage ist den deutschen Feudalisten nicht wieder verloren gegangen. Auch die Späteren halten sich von der Beeinflussung durch römisch-rechtliche Prinzipien frei und verwerfen nahezu einstimmig[298]) die ältere Ansicht, die gemäss dem römischen Axiom, traditionibus dominia rerum transferuntur, der investitura abusiva die Wirkung der Eigentumsübertragung abgesprochen hatte. Dass hierbei auch die Lehre der

---

[298]) Vgl. z. B. Peter Müller, Note ζ zu Struve's Syntagma P. III exerc. 42 th. 13 S. 147; Berger, Electa disceptationum forensium (Lips. 1738), tit. 40 obs. 6 S. 1185, Supplementa P. II tit. 39 Note 13 S. 637; Titius, Das Teutsche Lehnrecht (Leipz. 1730), zehntes Hauptst. §§ 29—34 S. 206—207, elftes Hauptst. § 23 S. 223, Juris privati Romano-Germanici lib. 11 cap. 5 § 8 sq. S. 1405; Horn, Jurisprudentia feudalis cap. 12 § 4 S. 248; Es. Pufendorf obs. II tom. I S. 2; G. L. Böhmer, Principia juris feudalis (Gott. 1782) lib. 1 sect. 1 cap. 6 § 105 flg. S. 73 flg.; Schnaubert lib. I sect. 1 cap. 6 § 101 S. 276 flg., § 103 S. 290 flg., § 105 S. 299 flg.: „H. z. T. ist die Struve'sche Behauptung nicht mehr die gemeine, ist fast gänzlich verlassen“; Püttmann, Miscellanea cap. 36 S. 378; G. Mich. Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts. Teil 3 § 101, 105, 115; K. W. Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts (Gött. 1832) §§ 54, 55 S. 141 flg.

Abweichender Ansicht ist anscheinend nur Heineccius, Resp. 27 S. 294, resp. 107 S. 585.

Naturrechtsschule, dass das Eigentum durch den blossen Vertrag übertragen werde, von erheblichem Einflusse gewesen ist, liegt auf der Hand. Auch die sich durch Aushändigung des Lehnbriefes oder auch durch bloss wörtliche Erklärung des Lehnherrn vollziehende investitura abusiva lässt das Eigentum übergehen[299].

Eine Minderzahl von Schriftstellern legt der investitura abusiva auch die Wirkung der Besitzübertragung bei, nämlich: Gerhard Feltmann[300], Eyben[301], Bauer[302] und Westphal[303].

Noch einige andere deutschrechtliche Arten der Uebertragung von Grundeigentum werden als Beispiele der traditio symbolica aufgeführt. So vor allem die scotatio und die effestucatio (transport, opdracht). Die letztere beschreibt Huber[304] als eine „traditio solenniter in judicio facta, cum venditor festucam sive baculum manu tenens eumque abjiciens cedere se possessione alteri declarat". Der Geltungsbezirk dieser Uebertragungsart war Geldern, in Deutschland fand sie zu Ludovici's Zeiten nach dessen Zeugnis[305] keine Anwendung mehr. Berger[306] glaubt sie dagegen in Liebenwerder wieder zu finden, „woselbst die Lehn an den unbeweglichen Gütern uralter Stadtobservanz nach vermittelst eines grünen Reises gereichet wird". Als an ein „affine" der effestucatio erinnert Stryk[307] an

---

[299]) Vgl. Berger, Horn, Pufendorf, Böhmer (§ 115 S. 78), Schnaubert (§ 115 S. 332), Weber, Pätz an den in der vorigen Anmerkung angegebenen Orten.

[300]) Liber unus de feudis cap. 11, II § 2, 3.

[301]) Cap. 5 § 8 sq. S. 550 flg., vgl. auch cap. 4 § 11 S. 543 flg.

[302]) §§ 35 flg. S. 188 flg.

[303]) Abhandlung von der Uebergabe und Belehnung § 16 flg. S. 17 flg.

[304]) Praelectionum p. I lib. II, 1 nr. 58 S. 123.

[305]) Usus practicus lib. 41, 1 dist. 9 p. 3 S. 145 flg.

[306]) Oeconomia lib. II, 2 th. 19 S. 186.

die Einweisung des Gläubigers in die Güter des Schuldners, welche in Sachsen vollzogen wurde „intuitu aedium et silvarum durch Ausschneidung eines Spans aus der Thür oder aus einem Baum". Esaias Pufendorf[308]) spricht ebenso wie der investitura abusiva, so auch der scotatio und der effestucatio die Wirkung der Besitzübertragung ab, nur das Eigentum geht nach seiner Ansicht hier über. Die anderen Autoren, welche die beiden Institute erwähnen, lassen auch den Besitz übergehen[309]). Von Lauterbach[310]) und Stryk[311]) wird die Tradition einer Pfründe durch Uebergabe des Ringes erwähnt. Der erstere fordert, dass die Ergreifung des Ringes „in conspectu ecclesiae" erfolge. Bei Stryk findet man auch noch andere deutschrechtliche Formen symbolischer Uebereignungen, die meistenteils schon damals antiquiert waren. Ebenso bei Schlitt, dem Herausgeber von Ludovici's Usus practicus[312]) [313]).

---

[307]) Specimen vol. IV lib. 41, 1 § 36 S. 114, de investitura abusiva cap. 2 S. 176.

[308]) Obs. 2 tom. I S. 2.

[309]) Vgl. vornehmlich Anton Matthaeus, Paroemiae Belgarum (Brux. 1721). Par. V nr. 14 S. 120; Huber l. c.; Mascov th. 31 S. 136.

[310]) Collegium lib. 41, 2 § 15 S. 198.

[311]) De investitura abusiva cap. 2 § 11 S. 176.

[312]) S. 146 Note F.

[313]) Die dingliche Wirkung der Uebergabe der Konnossemente und anderer Handelspapiere wird in alter und neuer Zeit häufig damit begründet, dass das Konnossement ein Symbol der Ware, seine Uebergabe eine symbolische Tradition sei. Natürlich verdankt die Konnossementsübergabe ihre dingliche Kraft aber keineswegs der romanistischen Theorie, etwa einer Extensivinterpretation der l. 1 C. d. don., die romanistische Theorie erwähnt das Konnossement nicht einmal. Die dingliche Wirkung der Konnossementsübersendung beruht auf Volksrecht. Doch wird von einigen Autoren zur Rechtfertigung derselben auch auf die römisch-rechtlichen symbolischen Traditionen hingewiesen. So wird in einem bei Barels (Advysen over den koophandel en

§ 5.

Fälle der traditio ficta, die nicht unter die drei vorgenannten Kategorien gebracht werden.

An erster Stelle ist hier die Zeichnung zu nennen, die von den einen zur traditio manu longa, von den andern zur traditio symbolica gemacht wird, bei wieder andern isoliert vorkommt, alles in allem übrigens nicht

---

zeevaert. Eerste deel. Amst. 1781 no. 15) mitgeteilten Gutachten eines unbekannten Rechtsgelehrten die l. 1 C. d. don. als eine einen analogen („non secus ac") Fall enthaltende Stelle zitiert (S. 80 Note b) und die Konnossementsübergabe mit derjenigen der Schlüssel verglichen (S. 81). In einem Gutachten van den Ende's (das. no. 42 S. 217 und Note b) wird die Tradition durch Konnossement damit begründet, „dat na rechten en practijcque het overleveren van instrumenten obligatoir, uit krachte van welke kan gevorderd werden, even als het ter hand stellen van sleutels van Pakhuizen, waerin de goederen opgeslooten zyn, en anderen diergelijke meer, daer voor allenthalven gehouden worden, als of de goederen zelve van hand ter hand overgegeeven waren geweest," wobei so ziemlich alle, von unkörperlichen Traditionen handelnde Stellen des corpus juris civilis allegiert werden. In der Dissertation von Slüter, De traditione mercium per litteras recognitionis (Traj. ad Rh. 1750) wird auch wieder der Schlüssel- und der Instrumentsübergabe gedacht, für die letztere werden ausser der l. 1 C. d. don. noch zitiert: l. 49 Pr. D. sol. matr. 24, 3, l. 44 § 5 D. d. leg. I, l. 59 D. d. leg. III. (Nach den Angaben bei J. G. van Romunde, De recepti maritimi cautione quae vulgo cognoscimentum appellatur. Traj. ad Rhen. 1834 S. 49 und Anm. 5 und bei Abr. Polak, Historisch-juridisch onderzoek naar den aard van het cognoscement. Amst. 1865 S. 138, 139. Die Dissertation selber habe ich nicht gesehen.) Bei Quistorp (Rechtliche Bemerkungen aus allen Teilen der Rechtsgelahrtheit. Leipz. 1793 Bd. I No. 108 S. 384 und 390 Note aa) wird ebenfalls auf die symbolische Uebergabe des gemeinen Rechts Bezug genommen, allègiert werden zwei von der clavium traditio handelnde Stellen: § 45 I. d. R. D. und l. 74 D. d. C. E.

häufig erwähnt wird. Das Zeichen beweist nur dann das Eigentum des Zeicheninhabers, wenn es auf Grund eines zum Eigentumsübergange dienlichen Titels aufgesetzt ist. Weiss man von einem solchen Titel nichts, so ist das Zeichen nicht zu beachten[314]; nach Lauterbach[315] begründet es dann aber wenigstens noch eine „validissima praesumptio" für das Eigentum des Zeichenberechtigten, und Johannes Marquard[316] sagt von diesem Falle: „Signum mercatorum facit rem eorum praesumi quorum sunt signacula." Johannes von Som[317] spricht von der Zeichnung der eigenen Sachen der Gesellschafter mit dem Societätszeichen; er nimmt an, „quod ex communi merca sarcinis sive ballis apposita arguatur in dubio communicatio et quod mutua possessio tradita censeatur atque communis effecta". Die Signation, die nach Abschluss eines Veräusserungsgeschäfts erfolgt, hat dagegen regelrecht die Wirkung der Tradition. Doch werden Ausnahmen gemacht. Frommann[318], Stryk im Specimen[319] und Schaumburg (Eyles)[320] beschränken diese Wirkung auf Spezies. Peter Müller[321] und Ludovici[322] nehmen Ver-

---

[314]) Vgl. Ben. Carpzov, Jurisprudentia forensis p. III const. 20 def. 34 S. 1129; Brunnemann ad l. 1 D. d. P. e. C. S. 670; Stryk (Selle) cap. 1 S. 467.

[315]) Dissertationum academicarum vol. III (Tub. 1728) disp. 100 th. 308 S. 74.

[316]) Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari (Franc. 1662), lib. II cap. 9 nr. 47 S. 282.

[317]) De notis mercatorum (Altd. 1681) § 26 S. 31.

[318]) Th. 40.

[319]) Lib. 41, 1 § 34, vol. IV S. 112. Im Tractatus de cautelis (sect. 2 cap. 8 § 34 S. 98) wird nur die Regel berücksichtigt.

[320]) Cap. II § 12.

[321]) Anm. β zu Struve's Syntagma P. I ex. 23 th. 98 S. 1632, Anm. ε zu th. 101 S. 1638.

[322]) Doctrina Pandectarum lib. 18, 6 §§ 4, 8 S. 340, 342. Usus practicus lib. 41, 1 dist. 9 p. 3 S. 145.

käufe generisch bestimmter Sachen und solche „ad quantitatem“ und „ad gustum“ aus. Cyprianus van Oosterga[323]) macht eine Ausnahme nur für den Fall der l. 1 § 2 D. d. P. e. C., „quia hoc tacite actum videtur in vinis venditis, ut primo degustentur“. Brunnemann, Lauterbach und Stryk (Selle)[324]) sprechen der Signation die Traditionswirkung ab, wenn „praesumi potest alia causa quam animus tradendi“, Marquard[325]) und Som[326]) nicht nur in diesem Falle, sondern auch dann, wenn das Zeichen nicht in Gegenwart des Verkäufers oder seines Bevollmächtigten aufgesetzt worden ist. Nach Martens[327]) ist „der wirklichen Uebergabe und Empfangnehmung unter Kaufleuten gleichzuachten die Aufsetzung des kaufmännischen Zeichens auf die verkaufte Ware durch den Käufer mit Vorwissen des Verkäufers“.

Des Besitzerwerbes durch Aufstellung einer Wache wird selten gedacht[328]), häufiger[329]) der Niederlegung der Sache im Hause des Erwerbers. Diodor van Tulden führt wiederholt[330]) als traditio imaginaria

---

[323]) Censura Belgica seu notae et animadversiones, quibus omnes et singulae leges, quae in prioribus 25 libris Pandectarum continentur, confirmantur, illustrantur etc. (Ultraj. 1661) ad l. 1 bis 3 d. P. e. C. S. 453.

[324]) Brunnemann und Stryk an dem in Anm. 314 angegebenen Orte; Lauterbach, Collegium lib. 41,1 § 69 S. 164.

[325]) Lib. III cap. 9 nr. 69 sq. S. 448.

[326]) § 25 S. 30.

[327]) Grundriss des Handelsrechts (3 A. Gött. 1820) § 15 S. 24.

[328]) Vgl. Peter de Greve, Exercitationes ad Pandectarum loca difficiliora (Noviom. 1660), exerc. 24 nr. 3 S. 551; Stryk (Selle) cap. I S. 467.

[329]) Vgl. z. B. Diodor van Tulden, Commentarius in Digesta lib. 41,2 cap. 9 S. 515; Frantzke, In IV libros Institutionum commentarius ad § 5 d. interd. 4,15 S. 683; Hahn, Observata, lib. 41,2 S. 898; Lauterbach, Collegium lib. 41,2 § 15 S. 198.

[330]) Commentarius ad Codicem, lib. 7,32 nr. 6 S. 475, In

die degustatio vini auf. Lauterbach[331]) erwähnt den Fall, „si quis prohibeat, ne Titio fundum ingredienti vis fiat“, Stryk (Selle)[332]) den Besitzerwerb durch einen Stellvertreter und die Anmeldung einer fremden Sache auf den eigenen Namen behufs Eintragung in die Rolle des Censors.

§ 6.

Fortschritte gegenüber der älteren Theorie.

Die Theorie des usus modus Pandectarum hat nicht nur dasjenige, was in der älteren Doktrin von Besitzessuccession bereits vorhanden war, übernommen, sie ist auf dem von der bisherigen Entwicklung gewiesenen Wege weiter gegangen. Freilich, die ganze Lehre von der symbolischen Tradition ist auch in dieser Periode kaum etwas mehr als ein blosser Name. Einmal ist bei vielen Theoretikern das Symbol für die körperliche Seite des Besitzerwerbes überhaupt ohne Bedeutung, und die anderen gehen auch nur sehr vereinzelt über die Fälle des corpus juris civilis hinaus. Ein Fortschritt liegt dagegen in der noch schärferen Accentuierung der Vertragsnatur des constitutum possessorium, die vor allem in der Figur des suspensiv-bedingten Konstituts zu Tage tritt. Ein Fortschritt auch in der vageren Auffassung der Urkunde bei der instrumentalis traditio. Der bedeutsamste in der jetzt sehr viel allgemeiner gewordenen Auffassung des zum Besitzübergange erforderlichen körperlichen Aktes als einer Erklärung des Traditions- und Erwerbswillens.

In der Renaissancezeit war diese Auffassung sehr

IV libros Institutionum commentarius (Lov. 1702) ad lib. II, 1 cap. 61 S. 90.

[331]) An dem in Anm. 329 angegebenen Orte.

[332]) Cap. I S. 467, cap. III S. 468.

spärlich vertreten gewesen[333]). Nahrung erhielt sie jetzt durch die auch von den Romanisten[334]) adoptierte Lehre der Naturrechtsschule[335]), dass zur Uebertragung des Eigentums die blosse übereinstimmende Willenserklärung ausreichend sei, wofür unter anderm auch § 40 I. d. R. D. zitiert wurde: „Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi." Von diesem Standpunkte aus liegt die Annahme, dass auch das vom positiven Recht zur Uebereignung erforderte körperliche Handeln als eine Willenserklärung anzusehen sei, ziemlich nahe. Durchgeführt wird diese Auffassung von Frommann[336]), der allerdings der Ansicht ist, dass nach dem natürlichen Recht auch der Besitz durch blosse, erklärte Willenseinigung übergehe. Von der

---

[333]) Siehe oben S. 178 flg.

[334]) Vgl. Frommann th. 8; Stryk (Gunther) cap. I § 14 sq. S. 172. De jure sensuum diss. 10 cap. 4 § 23; Ulrich Huber, Praelectiones ad Inst. II, 1 nr. 54 S. 120, Digressiones P. I lib. 4 cap. 8 S. 253, Ad jus in re et ad rem animadversiones cap. 16 S. 298; Berger, Dissertationes juris selectae (Lips. 1707) disp. 40; de donatione principis, th. 55 S. 1277, Supplementa ad Electa tit. 39 No. 13 S. 637; Titius, Juris privati Romano-Germanici lib. 3 cap. 5 § 22 S. 334; Schaumburg (Eyles) cap. I §§ 2, 3; J. H. Böhmer, Exercitationes tom. V exerc. 82 ad lib. 41, 1 § 17 S. 299; Mascov th. 1, Kommentar über die Pandekten nach Hellfeld Teil 15 Buch 41, 1 S. 471.

[335]) Die Tradition halten auch vom naturrechtlichen Standpunkte für notwendig: Heinr. Cocceji, Commentarius ad Grotium S. 346 sq.; Sam. Cocceji eod. S. 518, Novum systema S. 328 flg.; Hert, Commentationum atque opusculorum de selectis et rarioribus argumentis (Franc. 1737) vol. I tom. 3. De conventionibus dominii translativis dissertatio § 15 S. 51; K. H. Gros, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts (6 A. Stuttg. u. Tüb. 1841) § 181 S. 71; M. H. Gribner (Principiorum jurisprudentiae naturalis libri IV [Viteb.1717]. Lib. IV cap. 5 § 3 S. 374) führt ausserdem noch auf: Kulpis, Textor, Kestner.

[336]) Th. 8 sq., 29, 34.

Einführung der traditiones fictae sagt er: „Cum autem Romani Legumlatores juri naturali seu gentium in hac materia multum nimis ab initio detraxissent, regula sc. in Imperio constituta, ut non nisi traditionibus et usucapionibus rerum inter vivos dominia transferrentur, minime vero nuda voluntate verbis tantum aut aliis signis declarata, . . . et vero necessitas ac successu temporis utilitas civium, maxime Romanorum, laxiorem modorum mutuam voluntatem rerum dominia et jura gentium jure transferentem declarandi usum poscerent, indulsere iisdem juris nostri conditores pluresque, certos tamen modos admisere absoluta illa traditionis necessitate sublata . . . non quidem simpliciter sed antiquitatis veneratione, ne a juris antiqui regula et instituto nimium recedere viderentur sub schemate, colore, specie et imagine verae traditionis.“ An einer andern Stelle: „Legislatores nostri ex modis jure gentium voluntatem rerum translativam declarandi praeter eum, quo per traditionem corporalem id fit, primitus solum agnitum alios quosdam, sed certos et in certis casibus . . . receperunt, constituentes ut ipsi traditioni aequipollerent, pro traditione haberentur et eam repraesentarent.“ Dass die clavium traditio bei dem Behältnisse erfolge, wird nach ihm als Zeichen einer „voluntas seria et enixa“ der Parteien gefordert. — Auch Just Henning Böhmer[337]) ist der Ansicht, dass der Begriff der traditio ficta ein überflüssiger sei, und dass die Juristen, die ihn aufgebracht, „nimis superstitiose traditioni inhaerentes“ gewesen seien. „In effectu enim, qui traditionem fictam allegant, eam prorsus negant, et in voluntate promittentis clara et evidente acquiescant, ut simplicius forsan sine ejusmodi involucro dici potuisset, praeter promissionem ad effectum dominii

---

[337]) Exercitationum tom. V exerc. 82 ad lib. 41, 1 cap. II §§ 3, 4 S. 307, 308.

transferendi traditionem desiderari, nisi evidens et conclamatam fuerit, ex solo promisso dominium in alterum transferre promissorem, a se vero omne jus in re promissa abdicare voluisse." Auch nach Zivilrecht kann also das Eigentum durch blosse Willenserklärung übertragen werden, doch muss eine „evidens voluntatis declaratio" vorliegen, die erkennen lässt, dass sich der bisherige Eigentümer seines Rechts sofort entäussern wolle. Dass der Veräusserer dies beabsichtige, den Eigentumsübergang also nicht erst an die körperliche Tradition knüpfen wolle, ist nach Böhmer im Zweifel allerdings nicht anzunehmen. Man könnte meinen, Böhmer denke an eine Eigentumsübertragung ohne Besitzübergang, die von ihm angeführten Beispiele beweisen indessen das Gegenteil. Lauterbach[338]) führt die symbolische Tradition unter dem Rubrum: „Modi voluntatem rerum translativam declarandi" auf. Die Einhändigung der Schlüssel muss nach ihm vor dem Gebäude erfolgen, weil „voluntatis declaratio non sufficiens credebatur, nisi accipiens illico habeat facultatem aperiendi et intrandi". Schaumburg (Eyles)[339]) gibt als hauptsächlichsten Grund für das Aufkommen der Tradition an: „Animus alienandi eo magis patefit, si res alienata per traditionem transfertur." Von der symbolischen Tradition sagt er[340]), es sei hier ein signum vorhanden, „quo ipso rem nunc esse traditam declaratur". Damit legt er das entscheidende Gewicht auf den Parteienwillen, die blosse, wenn auch formelle Erklärung ersetzt die Tradition. In demselben Gedankenkreise bewegen sich Stryk und die ihm Folgenden[341]), wenn sie den Besitzübergang durch Ueber-

---

[338]) Collegium lib. 41, 1 § 68 S. 163, 164.

[339]) Cap. I § 3.

[340]) Cap. I § 10. Vgl. oben S. 265.

[341]) Siehe oben S. 271, 275.

gabe des Veräusserungsinstruments davon abhängig machen, dass dasselbe eine gewisse Erklärung des Tradenten enthält, und wenn sie es dem Belieben der Parteien überlassen, ob sie die Schlüssel in der Nähe des Behältnisses übergeben wollen oder entfernt davon. Auch hier wird alles auf den Willen der Paziszenten gestellt. Wenigstens erwähnenswert ist eine Aeusserung Mencken's[342]), der die longa manu traditio beschreibt als diejenige, „qua tradendi animo a transferente declarato rei possessio oculis affectuve signis legitimis ostenso apprehenditur, ut signatione trabium arborumve, custodis appositione". Mencken macht also hier das corpus acquirendi zu einer Erklärung des Erwerbswillens. Bedeutsam sind die Ausführungen Mascov's[343]). Ebenso wie Frommann ist er der Ansicht: „E simplicitate juris naturalis non dominium tantum sed etiam possessio, id est jus suo nomine detinendi sola conventione posse transferri videtur." Bei den Römern habe dieses naturrechtliche Prinzip anfangs nicht gegolten, dann aber „Jureconsulti veteres per εὕρημα fictae traditionis simplicitatem amplexi sunt naturalem, qua sola declaratione voluntatis possessio transferri et translatio reciprocari potest". Von der symbolischen Tradition insbesondere heisst es: „In traditione symbolica quoque solo animo acquiri dominium et possessio coepit intercedente tantum symbolo quodam ostendendi affectus causa, quo quis rem translatam vellet." Die Ansichten Mascov's über das constitutum sind bereits oben[344]) wiedergegeben worden.

Die Auffassung des körperlichen Aktes der Tradition als Erklärung des Traditions- und Erwerbswillens enthält aber die Leugnung des corpus acquirendi. Besitz

---

[342]) Theoria et praxis lib. 41,2 nr. 41 S. 1149.
[343]) Th. 5 flg.
[344]) S. 243.

und Eigentum geht dann über durch blosse, wennglеich formelle Erklärung. Damit sind wir wieder bei der Succession in den Besitz angelangt. Denn dass der Veräusserer Besitzer sein muss, um durch traditio ficta den Besitz übertragen zu können, wird, wie wir gesehen haben, fast unisono angenommen. Bei der traditio vera verhält sich die Sache nur scheinbar anders, denn hier liegt eben auf Seiten des Erwerbers alles vor, was auch zur einseitigen Besitzergreifung erforderlich ist. Wenn daher hier der als Tradent Auftretende nicht Besitzer ist, so liegt zwar keine Tradition vor, aber der Besitz ist nichtsdestoweniger erworben. Wiederholt wird zur Begründung des Satzes, dass der durch uneigentliche Tradition Uebertragende nur dann den andern zum Besitzer macht, wenn er selber Besitzer ist, die l. 54 D. d. R. I. angezogen[345]). Madihn[346]) teilt den Besitzerwerb in einen originären und einen derivativen, je nachdem er erfolgt „solo facto possessoris" oder „simul facto prioris possessoris". Der zweite Fall ist der Besitzerwerb durch Tradition. — Ein Gegner der Besitzessuccession ist Schmalz. In seinem Handbuche des römischen Privatrechts sagt er[347]): „Die Uebergabe besteht also aus einem Akt der Dereliktion vom Tradenten und einem Akt der Adprehension vom Accipienten. Folglich dieser erwirbt sich selbst den Besitz, und jener thut nichts, als durch Aufgebung seines Besitzes uns die Adprehension möglich (possessionem vacuam) zu machen." Und an einer andern Stelle[348]): „Eigentlich ist Uebergabe an sich weder ein Mittel, Besitz noch Eigentum zu

---

[345]) Und zwar nicht bloss bei Erwähnung des Konstituts. Vgl. Peter Müller Anm. γ zu Struve's Syntagma P. I exerc. 11 th. 8 S. 673, Stryk (Selle) cap. III S. 474, wo es sich um die Instrumentsübergabe handelt.

[346]) Principia P. I § 59 S. 72.

[347]) § 198 Anm. a S. 79.

[348]) § 306 Anm. a S. 125.

erwerben; denn da sie aus zwei Handlungen besteht, einer Dereliktion von Seiten des Uebergebenden und einer Adprehension von Seiten des Empfangenden, so ist klar, dass nur in der letzteren die Erwerbung liege, und also die traditio keine besondere Erwerbungsart, sondern zur Occupation gehörig sei." In der Encyklopädie des gemeinen Rechts heisst es[349]): „Uebergabe zu Eigentum ist eine Modifikation der Occupation, indem nicht die Uebergabe an sich, als durch welche der bisherige Eigentümer nur die Sache besitzlos macht oder derelinquiert, sondern die Annehmung des Erwerbers derselben als Besitzergreifung und mithin als wahre Occupation das Eigentum erwirbt." Diese Ausführungen entsprechen der heute herrschenden Traditionslehre; mit dem Satze Schmalz's: „Symbol kann übrigens alles sein, was man will" [350]) sind sie unvereinbar.

Ueberblicken wir die ganze Theorie von den Glossatoren bis auf Savigny, so ist eine Entwicklung doch ganz unverkennbar. Bei den Glossatoren die Anfänge des abstrakten Konstituts, die Anerkennung der instrumentalis traditio für Objekte aller Art, bei den Postglossatoren die Ausgestaltung des abstrakten Konstituts, die scharfe Scheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Besitzerwerb, in der Renaissancezeit hinzukommend die häufigere Anwendung des Repräsentationsprinzips, im usus modernus die Auffassung des Traditionskorpus als Form für die Erklärung des Traditions- und Erwerbswillens.

Aber freilich Gegenströmungen hat es auch gegeben und ihren naturgemässen Abschluss — den Besitzübergang durch formlose Erklärung — hat diese Entwicklung nicht erreicht.

---

349) § 311 S. 119.

350) Siehe oben S. 268 und Anm. 232.

Abteilung II.

Die deutsche Praxis von der Rezeption bis Savigny.

In diesem Abschnitte soll versucht werden, das in Deutschland tatsächlich geübte Recht zur Darstellung zu bringen. Zu berücksichtigen sind hierbei Entscheidungen, Urkunden, die Sammlungen von Formularen — denn es unterliegt keinem Zweifel, dass diese Formulare auch im praktischen Leben angewendet worden sind —, überhaupt — aus demselben Grunde — die populäre, d. h. sich unmittelbar an das rechtsuchende Publikum wendende Litteratur. Von Gutachten gehören diejenigen hierher, die auf Ersuchen von Gerichten erstattet worden sind, denn man darf annehmen, dass die ergangenen Urteile ihnen entsprochen haben, nicht die Gutachten für Privatpersonen. Diese sind bereits bei der Darstellung der Theorie verwertet worden.

§ 1.

Die Rezeption durch die Praxis.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Fälle der unkörperlichen Tradition in Deutschland rezipiert sind. Samuel Stryk [1]) versichert uns von dem Titel 41, 2

---

[1]) Specimen. Vol. IV lib. 41, 2 § 1 S. 116.

der Pandekten: „Quae sub hoc titulo de modis acquirendae et amittendae possessionis nec non de effectibus possessionis acquisitae traduntur, ea adhuc hodie in viridi sunt observantia.“ Samuel van Groenewegen in seinem tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus“ [2]) bezeichnet keines der in Betracht kommenden Fragmente des corpus juris civilis als antiquiert. Wie sich im einzelnen die Rezeption gestaltet hat, lässt sich natürlich nicht sagen. Einen wesentlichen Anteil an ihr hat die populäre juristische Litteratur gehabt. In erster Linie kommen Perneders Institutionen in Betracht. Zum § 40 d. R. D. (Bl. 31) wird bemerkt, dass liegende und fahrende Güter durch Eingebung und Ueberantwortung überkommen werden. Dann werden einige Arten dieser Eingebung und Ueberantwortung aufgezählt. Zunächst die Ueberantwortung von Früchten und Waren durch Uebergabe der Schlüssel des Kastens, in welchem sie sich befinden. Von einer praesentia des Kastens ist keine Rede. Dann die Besitzeinräumung durch Zeigen. Dann als die „gemeinste, sicherste und gebräuchlichste Form der Einantwortung“ die „durch Zustellung brieflicher Urkunden“. Näher beschrieben werden diese Urkunden nicht. L. 2 C. h. t. ist neben l. 1 C. d. don. angeführt. Es folgt die Uebereignung unter Vorbehalt des Niessbrauchs oder der Miete, die „zu Zeiten“ vorkommt — allegiert wird l. 77 D. d. R. V. —, und schliesslich die traditio brevi manu unter Berufung auf § 44 I. d. R. D. Die Ueberantwortung der Früchte durch Uebergabe der Schlüssel des „Stadels“ wird noch einmal (im Titel III, 24 Bl. 98 v) erwähnt. Von Bedeutung ist auch Sebastian Brandts Klagspiegel [3]).

---

[2]) Ed. nov. Novimb. 1664.

[3]) Ueber seinen Einfluss vgl. Stintzing, Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland (Leipz. 1867) S. 405 flg.

Im Titel „de rei vendicatione. Von der eygenschafft der habe" wird im wesentlichen eine Uebersetzung der §§ 40, 44, 45 I. d. R. D. gegeben (Bl. 52); unter dem Marginale: donatio inter vivos heisst es (Bl. 53): „Item also werden die habe im rechten übergeben, wenn die habe in gegenwertigkeit ist und der dem geben ist, sie in seiner gewalt nympt oder uns der geber die brieffe der habe geyt oder den nutz der habe inbehelt oder die schlüssel der zymmer, darinnen die gegeben habe leyt, geyt. Wo aber einer kirchen gegeben würt, so ist nit not sollichs übergebens, wenn es würt die eygenschafft on übergeben transferiret." Im Titel „de actione ex vendito. Vom Verkauffen" werden von den Fällen der uneigentlichen Tradition genannt: das Zeigen der Sache, die Schlüsselübergabe — Präsenz des Behältnisses wird nicht gefordert —, die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauches, endlich: „wo sich der verkauffer constituiret ein besitzer in des kauffers namen oder der geber in des nehmers namen, als so der herr der habe spricht, und ich mach mich ein besitzer in deinem namen als lang biss du den besitz selbs begreiffest." Unter den Formularsammlungen ist nur das im Jahre 1504 von Johann Knoblauch in Strassburg herausgegebene Formulare instrumentorum[4]) zu nennen, das unter dem Einflusse der Rolandina steht und anscheinend häufig benutzt wurde. Auf Bl. 65 findet sich ein „instrumentum emtionis et venditionis domus". Es sieht unter anderm die Bestellung eines Spezialprokurators zwecks Einräumung des körperlichen Besitzes vor und lautet dann weiter: „Dictamque possessionem vacuam et expeditam et illarum attinentiam

---

[4]) Dasselbe ist bereits früher wiederholt erschienen, vgl. Stintzing, Populäre Litteratur S. 315, 316. Seinen Nachweisungen ist hinzuzufügen: Formulare instrumentorum quibuscumque instrumenta faciliter componere cupientibus utilissimum. Coloniae. In officina Henr. Quenteli 1502.

eidem dimittendam donec investitus fuerit ipsarum domorum cum juribus et pertinentiis suis corporalem et vacuam possessionem adeptus, se dictus venditor nomine dicti et pro eo ac tenere et possidere constituit atque recognovit." Andere Veräusserungsformulare mit Konstitutserklärung enthält das Formulare instrumentorum nicht. Ebenso fehlen derartige Formulare in der „Summa Rolandina" Perneders, ein Buch, welches keineswegs eine Uebersetzung der Rolandina ist, Formulare bis auf ein Testamentsformular nicht enthält, dessen theoretische Erörterungen aber allerdings auf das Bedürfnis der Notare zugeschnitten und von Rolandinus stark beeinflusst sind. Auf Bl. 6 wird von der Tradition gehandelt. Hier heisst es: „Und geschicht die tradition oder einantwortung, so der uberantwortter auff den augenschein das guot oder tradirte ding anzaigt und auf solche anzaigung der ander thail des angezaygten guots besitzung mit den augen oder gemuette begreifft und also annimbt. Dessgleichen durch zuostellung brieflicher urkunde oder instrumenten auch der schlüssel zuo ainem gemach oder kasten, darinn die verkaufte waar bewaret ligt." Die Institutionenübersetzung Justinus Goblers enthält auch die §§ 44, 45 II, 1.

Einige zu der populären romanistischen Litteratur der Rezeptionszeit gehörende Werke sind freilich in unserer Materie rein negativ. Von Formularsammlungen habe ich ausser der schon genannten verglichen: Heinrich Gesslers Formulare und tütsch Rethorika[5]), Rhetorica und Formulare Teutsch, getruckt zuo Tüwingen von Ulrich Morhart 1531 und Rhetoric und Teutsch Formular in allen Gerichts-Hendeln, zuerst gesammelt von Ludwig Fruck. Diese Sammlungen enthalten zahlreiche Formulare für Veräusserungen von

[5]) Vgl. darüber Stintzing S. 323 flg.

Immobilien, des Konstituts wird nirgendwo gedacht. Riedrers Spiegel der wahren Rhetorik [6]) zählt auf Bl. 126 v die fünf Hauptartikel des Kaufbriefes auf. Es findet sich darunter auch der Verzicht auf die Anfechtung wegen laesio enormis, das constitutum possessorium findet sich nicht. Ebenso wenig ist es in den von Riedrer mitgeteilten Veräusserungsformularen enthalten. In Justin Goblers „der Rechten Spiegel“ wird zwar von „Auftrag oder Uebergabe, Traditio genannt“ und von „Besitz und Gewehre“ gehandelt, doch werden die Fälle der traditio ficta nicht erwähnt.

Nur ein Teil der zur populären Litteratur der Zeit gehörenden Werke gedenkt also der Fälle der uneigentlichen Tradition, aber er war einflussreich genug, um diesem Rechtsinstitute Eingang ins praktische Leben zu verschaffen. Hinzu kam, dass auch die Summa Rolandina, noch mehr das Speculum des Durantis, welche beiden Werke namentlich das Konstitut häufig anwenden [7]), in Deutschland im 15. und 16. Jahrhundert stark gebraucht wurden [8]).

§ 2.

Die einzelnen Fälle der traditio ficta in der Praxis.

I. Die Schlüsselübergabe.

Die Theorie hielt, wie wir gesehen haben, auch noch im 17. und 18. Jahrhundert daran fest, dass die Schlüssel in der Nähe des Behältnisses zu übergeben seien, in der Praxis wurde allgemein hiervon

---

[6]) Stintzing S. 327 flg.

[7]) Siehe oben S. 65.

[8]) Vgl. Stintzing S. 296; E. Ott, Beiträge zur Rezeptionsgeschichte des römisch-kanonischen Prozesses in den böhmischen Ländern (Leipz. 1879), S. 96, 98, 99.

abgesehen. Die populäre Litteratur der Rezeptionszeit, insbesondere der Klagspiegel und Perneders Institutionen, gedenkt der praesentia nicht, da sie vorzugsweise aus den Justinianischen Institutionen schöpfte, die von der praesentia nichts wissen. Dass es der gelehrten Jurisprudenz nicht gelungen ist, der entgegengesetzten Meinung im Verkehre Boden zu verschaffen, beweisen mehrere, aus verschiedenen Zeiten stammende Notizen juristischer Schriftsteller. Brunnemann[9]) bemerkt: „Levis videtur haec circumstantia, ut traditio clavium in praesentia horrei facta sit, et vereor, ut haec declaratio inter mercatores obtineat.“ In den Noten zu den Institutionen und Pandekten in usum auditorii Thomasiani[10]) heisst es: „Transfertur dominium etiam traditione ficta, v. gr. si claves traditae sint, quod valet etiam re non praesente, quamvis communiter Dd. dissentiant. Moribus tamen prior sententia in usu est.“ Weber bei Höpfner[11]) meint, dass „nach deutschen Gewohnheiten“ die praesentia nicht erforderlich sei. In seiner „Inleydingh tot de Hollandtsche Rechts-Geleertheyt“ spricht Hugo Grotius auch von der Uebereignung durch Schlüsseltradition. In einem Speicher eingeschlossene Kaufmannsware wird für übergeben gehalten „door de overleveringh van de sleutelen“ [12]). Das lediglich praktischen Zwecken dienende „juristische Orakulum“ [13]) sagt im Anschlusse an Stryk[14]): „Wiewohl wir davor halten, dass auch die Uebergebung des Schlüssels zu dem abwesenden Gemache, darin die Waaren liegen, den Besitz derselben transferiret, wenn

---

[9]) Commentarius in Pandectas, ad l. 74 d. C. E. S. 657.

[10]) Ad I. II, 1 S. 148.

[11]) § 335 S. 247 Anm. 3.

[12]) Rotterd. 1631, Buch I Teil IV Bl. 38 v.

[13]) Allgemeines juristisches Orakulum. Bd. XVI (Leipz. 1754) S. 73.

[14]) Siehe oben S. 271.

sich die Parteien deswegen miteinander verglichen. Denn kann ich dasjenige, was ich besitze, in eines anderen Namen besitzen, warum soll das Pactum nicht gelten, dass bei Uebergebung dieser Schlüssel ihm zugleich die Possession ihrer in Leipzig befindlichen Waaren soll überliefert sein?“ Nirgendwo wird in Konsilien oder Entscheidungen Präsenz der Behältnisse verlangt, überall begnügt man sich mit der Schlüsselübergabe an sich [15]).

Die Uebereignung des Behältnisses selber durch Uebergabe der zu ihm gehörigen Schlüssel wurde auch in der Praxis anerkannt. So in einer Entscheidung des Reichskammergerichts vom 31. Oktober 1558 [16]), in welcher dem Beklagten aufgegeben wird, ein erkauftes Haus dem Kläger „per traditionem clavium“ zu restituieren. In einem Eigentumsstreite über ein Landgut aus dem Anfange des 17. Jahrhunderts, der zur Kognition der Jenenser Fakultät gelangte [17]), hatte eine Partei geltend gemacht, dass ihr die Schlüssel zugestellt worden seien. Die Fakultät hielt diesen Beweisantritt allerdings für unschlüssig, aber nicht deswegen, weil das Gut durch die Uebergabe der Schlüssel überhaupt nicht hätte übereignet werden können, sondern deswegen, weil über animus und Titel nichts erhellte. Aus dem Besitze der Schlüssel eines andern folgerte die Volksanschauung — jedenfalls auf Grund deutschrechtlicher Ideen —, dass das Vermögen dieses anderen auf den Schlüsselbesitzer übergegangen sei. Deshalb

---

[15]) Vgl. z. B. Hier. Treutleri nec non Andreae Schöpsii consilia sive responsa vol. II cons. 71 (1604) nr. 39, 40 S. 301; Paul Matthias Wehner, Consiliorum Franconicorum decades XI (Franc. 1615) cons. 7 nr. 3 S. 17, Juristisches Orakulum Bd. XVI S. 249 (Krossener Urteil aus dem Ende des 17. Jahrhunderts).

[16]) Der dritte Theil der fürnembsten Urtheil und Bescheidt am Kayserlichen Cammergericht. Durch Christianum Barth. (Speyer 1604). S. 919 c.

[17]) Chr. Phil. Richter, Consilia et responsa (Jen. 1665) P. IV cons. 16 nr. 60 sq. S. 104.

suchten sich Erbschaftsprätendenten der Schlüssel des Erblassers zu bemächtigen[18]. In einer in Jena im Jahre 1700 entschiedenen Sache[19] wird angeführt, dass der Erblasser dem Ehemann einer Frau, der er sein Vermögen zuwenden wollte, „die Schlüssel zu dem Seinigen angewiesen und übergeben“ habe. Hierzu bemerkt das Urteil: „welche traditio sonst ein signum translatae possessionis macht“. In Gylmanns Symphorema supplicationum[20] wird die Uebertragung eines Nachlasses geschildert. Der Erwerber schliesst die Gebäude auf und zu, die Schlüssel zu „den Briefkästen und andern Truhen, Tresor und Schränken“ werden „verpitschieret und verschlossen“. Dieses Verfahren wird durch die Worte gerechtfertigt: „Constat autem ex traditione, receptione et retentione clavium, sub quarum custodia bona corporalia, mobilia vel immobilia sunt, possessionem eorundem acquiri et probari.“ Ein Konsilium der Frankfurter Fakultät[21] führt aus: „Wie denn auch vors ander die H. H. Executores die Schlüssel zu denen Gemächern des Sterbhauses zu sich genommen und also dadurch einen actum possessorium wirklich exerciret, cum clavium traditione etiam adquiratur possessio.“ Bei den Notariatsschriftstellern begegnet uns die Uebereignung von Gebäuden durch Schlüsselübergabe häufig. In einem Kaufbriefe über ein Haus in

---

[18]) Vgl. Consilia Marpurgensia vol. II cons. 10 (Regner Sixtinus) nr. 12 S. 64; Modestini et Simonis Pistoris, Consiliorum sive responsorum vol. I (Lips. 1587) cons. 40 nr. 3 bis 5 S. 600.

[19]) v. Lyncker, Rerum in dicasteriis Jenensibus decisarum centuriae XV (ed. II Jen. 1720) nr. 1490 S. 521.

[20]) Symphorematis supplicationum pro processibus super omnibus ac singulis imperii Romani constitutionibus in supremo Camerae Imperialis auditorio impetrandis (ed. II Franc. 1604) tom. I p. I tit. 7 vot. 6 nr. 154 S. 505.

[21]) Brunnemann, Consilia sive responsa academica (Franc. a. V. 1677) cons. 74 nr. 5 S. 430.

Herttels Speculum Notariorum[22]) heisst es: „Und hat darauf N. N. als der Verkäufer obbenannte seine Behausung ... dem Käufer N. N. wie recht, üblich und bräuchlich ist, wirklich eingeräumt und die Schlüssel dazu übergeben und überantwortet.“ Volkmann bemerkt[23]): „Da einem die Schlüssel zu einem Hause, Scheune und dergleichen Gut überantwortet werden, wird dafür gehalten, dass ihm auch das Gut in Possess gegeben, cum cessio sit instar traditionis.“ Beck sagt[24]): „Ausser den Kaufbriefen kann man auch andere signa fictae traditionis adhibiren, e. gr. wann der venditor dem emtori vor dem verkauften Haus die Schlüssel zu demselben überreichet. Wiewohl nicht alle Zeit nöthig, dass die traditio clavium in conspectu aedium beschehe, sondern es können sich die Contrahenten vergleichen, dass auch extra rei praesentiam die possession per claves transferirt sein solle, v. gr.: dass dem Käufer vermittels Uebergebung der Schlüssel zugleich die possession des in Frankfurt befindlichen Hauses solle überliefert sein.“ Das juristische Orakulum teilt die traditio ficta ein in eine symbolica und eine non symbolica, und sagt von der ersteren: „Die symbolica, da durch Ueberreichung eines Wahrzeichen die Sache selbst übergeben wird, z. E. wenn ich die Schlüssel zum Hause, so verkauft worden, übergebe“ [25]). Es enthält[26]) ferner auch die eben wiedergegebene Ausführung Becks.

Die Funktion der Schlüssel, Behältnisse zu öffnen und zu schliessen, scheint der Praxis mitunter ganz ent-

---

[22]) Schleus. 1655 S. 119.

[23]) Informatio notariorum und verbesserte Notariat-Kunst (Leipz. 1655) Teil I cap. 15 nr. 9 S. 54.

[24]) Vollständiges und nach dem heutigen Curial-Stilo eingerichtetes Formular (Nürnb. und Frankf. 1724). Sect. II class. 3 nr. 42, 43 S. 302.

[25]) Bd. X (Leipz. 1751) S. 18.

[26]) Bd. XVI S. 73.

gangen zu sein. Belegt wird dies schon durch die bisherigen Nachweisungen. Sehr charakteristisch ist ein Urteil der Jenenser Fakultät, welches in einer Breslauer Sache im Jahre 1681 erging[27]. Es ist Wolle, welche in zwei mit Vorlegeschlössern versehenen Schuppen lagerte, verpfändet worden, der Verpfänder hat dem Geldgeber versprochen, ihm die Schlüssel zu den Schlössern einzuhändigen, die hierauf übergebenen Schlüssel passen indessen nicht. Die Fakultät entscheidet dahin: „Also auch dem Frantzen ohne Verfang sein müsse, dass der Jud ihm die Schlüssel zu den eisernen Gattern re vera nicht gegeben, angesehen nichts desto weniger zu einer Tradition genug ist, dass der Jud ausdrücklich, wie solche zur Wolle gehörten, gemeldet und dadurch die symbolica traditio, obgleich die Schlüssel nicht schliessen, genugsam erfüllet zu achten.“

II. Die instrumentalis traditio.

Die Tradition durch Urkundenübergabe ist auch in der Praxis nicht auf Objekte bestimmter Art beschränkt worden. Dass insbesondere Grundstücke auf diese Weise übereignet werden können, wird häufig anerkannt. Anlass hierzu bot der Umstand, dass es in Deutschland schon vor der Rezeptionszeit üblich war und später üblich blieb, bei der Veräusserung von Immobilien dem Erwerber die das Grundstück betreffenden Urkunden mit zu übergeben[28]. Ja es wurde in der Praxis sogar anerkannt, dass der Erwerber einen An-

---

[27]) v. Lyncker, Consultationum juris selectarum ad casus varios eosque difficiles vol. II (Jenae 1744) cons. 119 S. 617 sq.

[28]) Vgl. z. B. Riedrer, Spiegel der wahren Rhetorik Bl. 127 (Formular für den Verkauf einer unbeweglichen Sache vor dem Schultheissen zu Freiburg); Heinr. Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg i. B. Bd. II (Freibg. 1829) S. 27 (Kaufbrief über Betzenhausen von 1381), S. 473 (Kaufbrief von 1462); Riedel, Codex diplomaticus Brandenburgensis Bd. XI S. 273 (Georg von Stein verkauft die Herrschaft Zossen an den Kur-

spruch auf diese Urkunden habe[28a]). Die romanistische Jurisprudenz knüpfte dann an diese Uebergabe auf Grund der l. 1 C. d. don. die Wirkung der Uebereignung des Grundstücks selber[29]). Eine Unterscheidung nach den Veräusserungstiteln wird ebenfalls nicht gemacht. Auch darin stimmt die Praxis mit der Theorie überein, dass sie die ältere instrumentalis traditio der jüngeren körperlichen Besitzergreifung vorgehen lässt[30]). Betont wird, dass der blosse Besitz der Urkunde zur Legitimation als Besitzer der Sache nicht genügt, dass vielmehr die Uebergabe des Instruments durch den bisherigen Besitzer erhellen muss[31]).

---

fürsten Johann 1490); Lünig, Codex Germaniae diplomaticus Bd. II Sp. 447 (Urkunde über den Verkauf der Herrschaft Dobrilugk durch Kaiser Rudolf II. an Heinrich Anselm von Promnitz, Freiherrn von Pless aus dem Jahre 1602). Vgl. ferner: Joh. Hel. Meichssner, Thesaurus aureus, hoch und gemeiner Teutscher Nation Formular (Frankf. a. M. 1588) Teil I Bl. 8v; Beck, Sect. II class. III form. 19 S. 386, f. 26 S. 401, f. 32 S. 413, Sect. III class. 1 form. 2 S. 680; Joh. Christ. Nehring, Manuale notariorum oder Handbuch der Notarien (Leipz. und Eisen. 1754) Buch V form. 43 S. 806.

[28a]) Volckmann Teil I cap. 15 nr. 15 S. 55 unter Anführung einer Leipziger Entscheidung; Georg Beyer, Volckmannus emendatus. Das ist vollständige und verbesserte Notariatkunst (Leipz. 1715) Teil 1 Tit. 3 cap. 22 nr. 10 S. 107.

[29]) Vgl. Johannes Fichardus, Consiliorum tom. II (Darmst. et Giess. 1677) cons. 26 S. 126; Consilia sive responsa Altorfina, Conr. Rittershusius collegit (Hannov. 1603) resp. 55 S. 260; Collectionis novae consiliorum juridicorum Tubingensium vol. III, in quo continentur W. A. Lauterbachii consilia (Tub., Franc., Giess. 1732) cons. 313 (a. 1707); Cothmann, Responsa vol. I resp. 37 S. 316; Andreas Homborgius, Consilia sive responsa Helmstadensia (Franc. et Lips. 1713) resp. 23 S. 129.

[30]) Vgl. die Entscheidung der Leipziger Schöffen von 1625 bei Carpzov, Jurisprudentia forensis P. II const. 33 def. 15 S. 716, und der Wittenberger Fakultät von 1708 bei Casp. Henr. Horn, Consultationum, responsorum ac sententiarum liber unus (Dresd. et Lips. 1711) class. 16 N. 12 S. 1244.

[31]) Vgl. die Entscheidung Anm. 17 und die der Frankfurter

Unter den Instrumenten verstand man in der Praxis nun aber nicht bloss die Erwerbsurkunde des Veräusserers, der Begriff des Instruments ist ein weiterer, aber freilich ein unbestimmter und schwankender. So wird eine Uebertragung von Schuldforderungen durch Uebergabe des Schuldscheines anerkannt. Eine Rechtsbelehrung der Tübinger Fakultät vom Jahre 1724[32]) sagt über diesen Fall: „Et cum etiam ipsa nomina vel jus exigendi aliquod debitum tamquam res incorporales nullam veram seu proprie dictam traditionem recipiant, hinc invicem huius leges aliam tradendi rationem, nempe quae fit per traditionem instrumenti super tali jure confecti, admiserunt, vulgo ob interventum instrumenti velut symboli illud ipsum indigitantis vel denotantis eapropter dictam symbolicam." Das juristische Orakulum[33]) versteht die l. 1 C. d. don. von allen Instrumenten, „deren Uebergabe sonst keinen Nutzen hätte und umsonst wäre, wenn die darin benannte Sache nicht zugleich mit sollte übergeben sein", „die alten Kaufbriefe" seien nur beispielsweise genannt.

Leyser[34]) berichtet, die l. 1 C. d. don. werde von den Advokaten nicht immer richtig verstanden und oft falsch angewendet, da sie der Meinung seien, „in ea agi de instrumento recenti inter eos, inter quos traditio fieri debet, confecto". Schwerlich

---

Fakultät vom 16. Mai 1672 bei Stryk (Selle) l. c. cap. 3 nr. 22 S. 474.

[32]) Consilia Tubingensia. Vol. VII continens Georg. Frid. Harpprechti consilia civilia, praecipuam partem inclutae facultatis juridicae Tubingensis nomine elaborata (Tub. 1737), cons. 19 nr. 20 flg. S. 112. Vgl. noch Tabor, Relationes Argentoratenses in supremo reipublicae illustrissimae dicasterio Caesarea autoritate confirmato lectae, approbatae atque decisionibus gravissimis corroboratae (Franc. a. M. 1675) rel. 107 S. 243; Cothmann, Responsa vol. IV resp. 45 S. 284.

[33]) Bd. XVI S. 53.

[34]) Meditationum vol. VII Spec. 445 med. 2 S. 71.

handelt es sich hier bloss um eine verkehrte Auslegung der l. 1 C. d. don. Denn eine solche liess die fast übereinstimmende Theorie kaum aufkommen. Die getadelten Advokaten haben vielmehr germanische Rechtsanschauungen vertreten. Das, woran sie dachten, war die Auflassung per cartam. Die Fassung der Urkunde, durch deren Uebergabe hier das Eigentum überging, war verschieden. Häufig war: der Veräusserer setze den Erwerber in die ruhige Gewehr in Kraft dieses Briefs[35]. Der Besitz — die Gewere im Heuslerschen Sinne — ging hierdurch schwerlich mit über. Wenigstens findet sich häufig über dasselbe Veräusserungsgeschäft neben der Urkunde über das „in die Gewehre Setzen" eine Urkunde über die körperliche Uebergabe[36]. An diese „instrumentalis traditio" denkt jedenfalls Perneder, wenn er als „die gemeinste, sicherste und gebräuchlichste Form der Einantwortung" die „durch Zustellung brieflicher Urkunden" aufführt. An diesem Sachverhältnis ist nun durch das eindringende römische Recht mindestens das geändert worden, dass man auch den Besitzübergang mit der Einhändigung des Instruments vor sich gehen liess. Denn dass das Eigentum nicht ohne den Besitz übertragen werden könne, das war denn doch ein zu fundamentaler Satz des fremden Rechts, als dass sich die Praxis ihm hätte entziehen können. Das sich hiernach ergebende Resultat des Besitz- und Eigentumsüberganges durch Uebergabe der Traditionsurkunde erfuhr, wie wir gesehen haben[37],

---

[35]) Vgl. Riedel, Codex diplomaticus Brandenburgensis. I. Hauptteil Bd. II S. 377 (1574), Bd. VIII S. 485 (1521), Bd. X S. 95 (1564), Bd. XII S. 197 (1540), Bd. XIII S. 198 (1567), Bd. XVII S. 132 (1453). II. Hauptteil Bd. VI S. 217 (1508), ferner die Urkunden bei Stobbe, Die Auflassung des deutschen Rechts S. 182 Anm. 116, S. 202 Anm. 176.

[36]) Vgl. z. B. Riedel, I. Hauptteil Bd. VIII S. 485 flg.

[37]) Vgl. oben S. 196, 248.

eine gewisse Sanktion auch von Seiten einiger romanistischer Theoretiker durch die Auffassung dieses Besitzüberganges als constitutum possessorium, eine Konstruktion, die sich auch in der Praxis vertreten findet[38]. Aber andererseits haben wir auch eine ganze Reihe von Gutachten und Urteilen, welche eine derartige Tradition schlechtweg reprobieren. Einer Entscheidung der Wittenberger Fakultät vom Jahre 1683[39] lag eine Punktation zu Grunde, in welcher es heisst, dass Mevia ihre Güter Metello verkauft und übergeben habe. Die Fakultät verneinte den Besitzübergang: „Die Uebergabe aber eines Dings nicht in blossen Worten besteht, sondern etwas mehrers, und zwar ordentlicher Weise actum corporalem erfordert, dergleichen aber allhier nicht, auch nicht einsten symbolica traditio, noch auch dass in Gegenwart des verkauften Gutes dasselbe zu übergeben, geredet worden, zu befinden etc." Die „Jurisconsulti Vitembergenses" haben sich noch öfter mit dieser Frage zu beschäftigen gehabt. Die Erklärungen, welche sie zu beurteilen hatten, waren verschieden gefasst: „ich übergebe dem Käufer hiermit das Gut Bollensdorf nach dem angezogenen Contrakte"[40], der Käufer solle „in die geruhige Possess gesetzet sein"[41]. Der Besitzübergang wird von der Fakultät in beiden Fällen geleugnet. Das Wismarsche Tribunal sprach sich dahin

---

[38]) Vgl. die Entscheidung der Jenenser Fakultät von 1604 bei Richter p. IV cons. 42 nr. 118 sq. S. 233, die der Leipziger Fakultät vom März 1625 bei Philipp, Usus practicus Institutionum lib. IV eclog. 73 S. 980 (unten S. 314), ferner Lyncker, Consilia seu responsa . . . maximam partem auspiciis inclytae facultatis et scabinatus Jenensis, aliquam et suo nomine perscripta (Jenae 1736) vol. I resp. 87 (1680) S. 467.

[39]) Berger, Consilia juris (Lips. 1731) cons. 700 S. 524.

[40]) Leyser, Meditationes, vol. III spec. 207 nr. 2 S. 599, vgl. auch nr. 3—5 S. 605.

[41]) Horn, Consultationes, class. V nr. 13 S. 284 (1709).

aus[42]): „Solae literae non sunt ad transferendam possessionem habiles, sed haec eget translatione atque apprehensione quadam reali." In einer Tübinger Entscheidung heisst es[43]): „Cum reo non aliud quam huius contractus instrumentum traditum reperiatur, possessio hoc modo translata dici haud poterit. Si quidem tunc demum ficta illa procedit traditionis acquisitio, quando traditur instrumentum continens jus et titulum venditoris, quale hic traditum non reperitur." Anderer Ansicht ist aber ein im allgemeinen juristischen Orakulum[44]) mitgeteiltes Urteil des Kurfürsten von Brandenburg als Verwesers des Herzogtums Crossen und Züllichau, welches „nach vorgehabtem Rath der Rechtsgelehrten" gesprochen worden ist. Von den in dem Kaufkontrakte enthaltenen Worten „es übergiebet und überlässet" wird gesagt, dass sie „eine wirkliche Tradition in sich begreifen". Die in den Gerichten herrschende Meinung war aber zweifelsohne die die Uebereignung durch Aushändigung der Veräusserungsurkunde verwerfende.

Man sollte nun denken, dass sich infolgedessen der Modus der Beurkundung von Grundstücksübereignungen geändert, dass man jetzt auch Urkunden über die Besitzergreifung des Erwerbers aufgenommen hätte. Dies war indessen keineswegs der Fall. Die Notariatsformulare aus dem 17. und 18. Jahrhundert enthalten genau ebenso wie die der älteren Sammlungen noch immer die Erklärung des Veräusserers, dass er den Erwerber „in nützliche, wesentliche und ruhige Possession, Besitzung, Gewalt und Gewehr" setze[45]). Nirgendwo finden sich

---

[42]) Mevii decisiones pars VI decis. 174 S. 60.

[43]) Consilia Tubingensia, vol. II, in quo continentur W. A. Lauterbachii consilia (Tub., Franc., Giess. 1731), cons. 171 (1650) nr. 23 S. 954.

[44]) Bd. XVI S. 249 (Ende des 17. Jahrhunderts).

[45]) Joh. Rud. Sattler, Thesaurus notariorum. Das ist ein neu, vollkommenlich Notariat- und Formularbuch (Frankf.

dagegen Formulare für eine Besitzergreifung des Erwerbers. Das Volksrecht ist also dem Juristenrecht nicht gewichen. Ausdrücklich erklärt sich Beck[46]) für die Tradition durch Aushändigung der Traditionsurkunde. Es heisst bei ihm: „Die Clausula, dass der Verkäufer zugleich vermittelst Ueberreichung dieses Kaufbriefes den Käufer in den völligen Besitz des Hauses gesetzt haben wolle, wird utiliter adhibirt, wenn die verkaufte Sache nicht zugegen, sondern an einem entlegenen Ort ist und dannenhero von dem venditore actualiter nicht kann übergeben werden, deren Wirkung diese ist, dass dadurch die possess der verkauften Sache auf den Käufer transferirt und einem andern, dem dieselbe vorhero ohne sein Wissen verkauft worden, hierinfalls vorgezogen wird, dann die blosse Uebergab des Kaufbriefs eignet dem emtori sine expressione huius clausulae die possession nicht zu, wo ihm die alten Kaufbriefe nicht eingehändigt werden." Derselbe Passus findet sich im juristischen Orakulum[47]). Daneben wird ausgeführt: „Weil es aber zum öftern zu geschehen pfleget, dass die verkaufte Sache nicht zugegen, sondern an einem entlegenen Orte und also wirklich nicht kann übergeben werden, so muss die Clausel in dem Contract eingerücket werden: dass der Verkäufer zugleich vermittelst Ueberreichung dieses Kaufbriefes

---

a. M. 1611) Teil II, VII Form. 4 S. 191, vgl. ferner Form. 5 S. 192; Philipp Meyster von Lindenfels, Speculum notariorum. Das ist Notariat-Spiegel und ausführlicher Bericht vom Amt der Notarien (Frankf. a. M. 1630), Buch II, Teil 2 Sect. 4 Tit. 1 Instr. 5 S. 133, Instr. 7 S. 136, Sect. 6 Tit. 2 S. 264; Volckmann, Teil I cap. 16 Form. 7 S. 72, Form. 8 S. 73, Form. 9 S. 76; Georg Beyer, Volckmannus emendatus. Teil 1 Tit. 3 cap. 23 form. 8 S. 118; Beck, S. 255, 358, 366, 382, 388, 391, 401, 407, 413, 419; Nehring, Buch IV S. 613, 615, Buch V S. 761.

[46]) L. c. Sect. II class. 3 nr. 41 S. 302.

[47]) Bd. XVI S. 73.

den Käufer in den völligen Besitz des Hauses gesetzet haben wolle, wodurch der Käufer in den Besitz und Possession der Sache gesetzt wird, welches sonst nicht geschehen, ob ihm gleich der Kaufbrief übergeben würde." Es ist deshalb richtig, obgleich cum grano salis zu verstehen, wenn Oosterga[48]) zur l. 48 D. h. t. bemerkt: „Moribus possessionem absque corporali possessione saepe adquiri, praesertim quando animus transferendae praecessit, et ideo vel sola literarum declaratione contra d. l. 48 hodie possessio tradita videri potest, ut et saepe dominium."

III. Die Zeichnung.

In der Frage nach der Bedeutung des Zeichens für Besitz und Eigentum scheint die Praxis im wesentlichen mit der Theorie übereingestimmt zu haben. Völlig fest war sie nicht.

Dadurch, dass eine Sache das Zeichen einer Person trägt, wird über ihr Eigentum noch nichts bewiesen. Nach mehreren Entscheidungen der Leipziger Schöffen wird hierdurch noch nicht einmal eine Vermutung für das Eigentum des Zeicheninhabers begründet[49]).

In der mit dem Willen des bisherigen Eigentümers vorgenommenen Signation liegt dagegen allerdings eine Tradition. In diesem Sinne spricht sich die Frankfurter Fakultät aus[50]): „Als ist ex parte venditoris die traditio unzweifelich, ex parte emtoris aber ist sie viel mehr klar und offenbar, weil derselbe der Wolle, ehe sie ferner gewogen worden, nicht allein als seines Eigentums sich angemasset und sie sacken, sondern auch

---

[48]) Censura Belgica ad posteriores XXV libros Pandectarum S. 301.

[49]) Jurisprudentia forensis P. III const. 20 def. 34 S. 1129 (1593, 1630, 1633).

[50]) Brunnemann, Consilia, cons. 84 nr. 7 S. 478 (1647).

zeichnen lassen. Quae signatio traditionem factam omnino arguit." Derselben Ansicht war das Reichskammergericht, wie Gaill bezeugt[51]): „Si primus rem emptam signavit, praefertur secundo emptori, cui res tradita est, quia signatura loco traditionis est, et per eam dominium in signantem transfertur." Samson Hertzog bemerkt in seinem Notariatsbuche[52]): „Signatura loco traditionis est et per eam dominium in signantem transfertur." Das juristische Orakulum[53]) giebt von zwei Käufern dem späteren den Vorzug, wenn derselbe „sein Petschaft und Siegel auf die verkaufte Sache gedrucket."

Von einer abweichenden Auffassung, die sich ebenfalls im Verkehre geltend machte, berichtet dagegen Schaumburg (Eyles)[54]): „Hodie inter mercatores intuitu signationis et inde venientis periculi id plerumque discrimen observatur, quod mercium involucro circumdatarum et signatarum periculum quidem transeat ad emtorem et haec signatio instar traditionis habeatur, sola vero signatio tantummodo declarat, mercatores circa has merces contrahere voluisse adeoque periculum penes venditorem maneat."

IV. Constitutum possessorium.

Von dem constitutum der deutschen Praxis können wir uns bei der Reichhaltigkeit des vorliegenden Materials ein ziemlich genaues Bild machen. Dass die clausula constituti häufig angewendet wurde, steht fest. Giphanius, der Leugner des Konstituts, verhehlt sich nicht, dass dasselbe „in usum vitae et fori" rezipiert

---

[51]) Lib. II obs. 55 nr. 10 S. 397.

[52]) Notariats von Kontrakten ausführliche und in geistlichen und weltlichen Rechten gegründete Unterrichtung (Strassb. 1599) Cap. 29 Frage 6 S. 183.

[53]) Bd. XVI S. 53.

[54]) Cap. 2 § 12.

sei[55]). Hahn[56]) meint, dass es nicht weniger häufig sei, als das Konstitut des Obligationenrechts „passimque usu receptum". Lauterbach[57]) bezeichnet das constitum possessorium als den unter den Modi der traditio ficta „frequentissimus et usitatissimus apud Gallos, Italos ac caeteras gentes, apud Germanos". Ueberschwenglicher sagt Clasen (Willebrandt)[58]): „Quid enim hodie hac clausula frequentius?" Engelbrecht (Lautitz)[59]) behauptet, das „pactum constituti possessorii" werde „omnibus fere obligationum instrumentis" eingefügt. Aehnliche Aeusserungen finden sich bei Stryk[60]), Ludovici[61]), Hert[62]), Beck[63]), Wernher[64]), Hellfeld[65]), nicht minder bei den Niederländern: Wissembach[66]) und den beiden Huber[67]).

Das constitutum, das die genannten Autoren hierbei vorzugsweise im Auge haben, ist das Sicherungskonstitut[68]). Es kommt erst seit dem 17. Jahrhundert,

---

55) Lecturae Altorfinae ad l. 18 Pr. D. h. t. S. 474, vgl. auch ad l. 10 D. d. don. S. 119.

56) Observata ad lib. 41, 2 S. 900.

57) Collegium, lib. 41, 2 § 16 S. 199.

58) Introitus.

59) De rerum divisione th. 61.

60) Usus modernus Pandectarum ad lib. 13, 7 § 1, de investitura abusiva cap. II S. 174, Thesaurus juris civilis ad lib. 41, 2 Note 31 S. 1330.

61) Thesaurus juris civilis ad lib. 13, 5 Note 34, S. 532.

62) Commentationum atque opusculorum vol. II, 3 disq. de reservatione dominii vel hypothecae in re vendita sect. II § 4 S. 102, § 14 S. 105.

63) Sect. II class. 2 nr. 93 S. 192.

64) Selectae observationes P. IV obs. 154 S. 914.

65) Repertorium reale practicum Teil II. Vox constitutum S. 1048.

66) Exercitationum ad 50 Pandectarum libros pars posterior (Franeq. 1658) disp. 19 (resp. Henr. Flemming), th. 15 S. 255.

67) Ulrich Huber, Praelectiones juris civilis. P. II lib. 18, 1 S. 975 nr. 12, P. III lib. 41, 2 S. 1417, 1418. Zacharias Huber, Observationes rerum forensium obs. 27 S. 90.

also seit dem Erblühen des usus modernus in Deutschland vor, die Formularsammlungen aus dem 16. Jahrhundert kennen ein Konstitut zu Sicherungszwecken noch nicht[69]). Seine Fassung war verschieden. Ueblich war: gewisse Objekte des Schuldners — auch sein gesamtes Vermögen — sollten zum Unterpfande „cum oder sub constituti possessorii clausula" verhypothecieret und eingesetzt sein[70]). In einem der Tübinger Fakultät unterbreiteten Schuldbriefe[71]) erklärt der Verpflichtete, die verpfändeten Güter „jetzt als dann und dann als jetzt nicht anders als per modum constituti possessorii zu besitzen". In einer anderen, ebenfalls einem Tü-

---

[68]) Ueber seinen Zusammenhang mit der Satzung um Schuld, der in der Handhabung des Instituts durch die Praxis noch klarer hervortritt, als in der Theorie, siehe oben S. 242.

[69]) Auch noch nicht Sattler, Thesaurus notariorum, erschienen 1611.

[70]) Beispiele giebt es in Masse. Man vergleiche Volckmann, Teil I cap. 16 form. 2 S. 66, cap. 30 form. 4 S. 142, f. 7 S. 145, cap. 32 f. 2 S. 154, f. 8 S. 157; Beyer, Teil 1 cap. 23 f. 2 S. 112, cap. 37 f. 2 S. 220, f. 8 S. 224, f. 18 S. 230, f. 19 S. 231, f. 20 S. 231; Menantes, Neue Briefe und allerhand ausbündige und zu Recht bestehende Obligationes (Hamb. 1723) Abt. 15, IV S. 558, XV S. 577, LIV S. 664; Beck, Sect. II class. 1 nr. 13 S. 155, Addenda S. 162, class. 2 nr. 93 S. 192, nr. 6 S. 240, nr. 12 S. 246, nr. 21 S. 262, nr. 25 S. 269, nr. 34 S. 285, class. 3 nr. 4 S. 360, nr. 22 S. 391. Vgl. ferner den Kaufbrief über die Herrschaft Goschütz vom 3. Oktober 1665 bei Lünig Teil II Sp. 435 flg., die Formulare bei Hahn, Observata, lib. 41, 2 S. 900; Lauterbach, Collegium P. III, lib. 41, 2 § 19 S. 201; Rincke cap. 4; Werner (Unverfärth) cap. 5; Wissel th. 49; Hellfeld, Repertorium S. 1048; den bei Klock, Cons. 35 S. 594 mitgeteilten Rezess vom Jahre 1638; eine Urkunde von 1722 bei v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden Teil 11 S. 45; siehe auch die Heidelberger Inauguraldissertation von Seb. Mich. Otto (Praes. H. Coccejo 1684), De instrumentis mutui praecipuis clausulis instructis S. 22, 28—29.

[71]) Consilia Tubingensia tom. I (Tub., Franc., Giess. 1731) cons. 80 (1699) S. 618 sq.

binger Urteile zu Grunde liegenden Obligation[72]) verpfändet der Schuldner das Pfandobjekt „auf säumigen Fall, sich daraus tamquam ex constituto possessorio bezahlt zu machen". Matthias Coler schlägt vor[73]): „Ac insuper constituo praedicta mea bona omnia et singula in posterum non meo sed creditoris nomine possidere, neque ea ulterius absque consensu creditoris vel obligare vel aliter distrahere." Nicht ganz klar ist es, was es heissen soll, wenn in einem Testamente vom Jahre 1682 den Erben auferlegt wird, „100000 Rthlr. als eine portionem hereditariam oder legitimam sub conditione constituti possessorii herauszugeben" [74]). Es wird anzunehmen sein, dass der Erbe hier zur Sicherung des Bedachten eine Generalhypothek cum clausula constituti possessorii bestellen sollte. Wenn nur gesagt ist, die Verpfändung erfolge „cum constituti possessorii clausula", so geht der Besitz des Pfandes erst mit dem Verzuge des Schuldners auf den Gläubiger über[75]). Doch kommen auch solche Konstitutserklärungen vor, durch welche nach der Absicht der Parteien der Gläubiger sofort Besitzer sein sollte, so das Konstitut des Käufers[76]). Um eine Verwechselung dieses Konstituts

---

[72]) Eod. vol. VI continens Gabrielis Schwederi consilia (Tub., Franc., Giess. 1735) cons. 12 (1691) S. 101 sq.

[73]) Tractatus de processibus executivis (Rostoch. 1666) S. 59.

[74]) Heineccius, Consilia, decisiones et responsa juris. Resp. 9 (1736) S. 169.

[75]) Vgl. z. B. Consilia Marpurgensia vol. 3 cons. 18; Beyer, Teil III cap. 39 nr. 16 S. 189; Wernher, Selectae observationes P. IV obs. 154 S. 914; Cramer, Wetzlarische Nebenstunden Teil 11, IV § 2 S. 32, § 7 S. 40, Observationes juris universi ex praxi recentiori supremorum imperii tribunalium haustae (Wetzl. 1758) Tom. I obs. 118 § 1 S. 336; Juristisches Orakulum Bd. XVI S. 249, 250; Beck S. 192; v. Trützschler, Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze über Handlungen der willkürlichen Gerichtsbarkeit (Leipz. 1783) Teil I S. 128

[76]) Siehe oben S. 240.

mit dem Eigentumsvorbehalte handelte es sich in einem von Ulrich[77]) und Zacharias Huber[78]) mitgeteilten Rechtsfalle. Der Käufer eines Hauses, der dasselbe unter Kreditierung des Kaufpreises „addita instrumento clausula constituti" erworben hatte, geriet vor völlig abgetragener Schuld in Konkurs; mit den übrigen Vermögensstücken des Kridars wurde auch das fragliche Haus verkauft, Käufer desselben war der Vorbesitzer. Diesen zweiten Kauf unterliess letzterer, bei der Steuerbehörde behufs Einziehung des bei Grundstückskäufen zu entrichtenden Stempels anzumelden. Hierauf wegen Steuerhinterziehung angeklagt, verteidigte er sich damit, dass er nicht sowohl gekauft, als seine Sache, deren Eigentum er sich durch die Konstitutsklausel bis zur Erlegung des Kaufgeldes vorbehalten gehabt, zurückgenommen habe. Er wurde hierauf zwar in beiden Instanzen für schuldig befunden, von der Appellationsinstanz wird indessen berichtet: „Quia tamen res magni erat detrimenti, et error in re vulgo ignota, de qua non imperiti homines opinionis errore tenebantur, id factum est, ut transactione componeretur."

Zum Zwecke der Uebereignung wurde das abstrakte Konstitut anscheinend nur selten angewendet. Auch dies spricht dafür, dass man im Verkehre der Ansicht war, der Besitz werde schon durch die Uebergabe der Traditionsurkunde übertragen. Sicherlich würden sonst die Notare es nicht versäumt haben, wie es Rolandinus und Durantis nicht versäumt hatten, den Veräusserungsurkunden eine Klausel einzufügen, durch welche der Erwerber sofort Eigentümer und Besitzer würde. Das Auflassungsprinzip allein vermag den Nichtgebrauch des Konstituts in den zum Teil ganz romanistischen Formularsammlungen nicht genügend zu

---

[77]) Praelectiones P. II lib. 18, 1 S. 975.

[78]) Observationes, obs. 27 S. 90 flg.

erklären. — Doch wird von einigen Notariatsschriftstellern auch auf die Funktion des Konstituts als Uebereignungsmodus hingewiesen. So fragt Hertzog[79]), nachdem er die Bestimmungen der l. 15 C. d. R. V. (l. quotiens) wiedergegeben. „Sind dann keine Mittel oder Kautelen, damit der erste Käufer dem zweiten, welchem die Tradition, das ist Einräumung, am ersten widerfahren ist, fürgezogen werde?“ Er antwortet, dass es allerdings solche Kautelen gebe, und dass die wichtigste das constitutum possessorium sei, welches das Eigentum und „alle Gewehr“ auf den Käufer übertrage. Beck[80]), mit welchem das juristische Oraculum[81]) übereinstimmt, sagt von dem constitutum possessorium, der Verkäufer verspreche hier, „dass er die verkaufte und noch nicht eingehändigte Sache im Namen des Käufers künftighin besitzen wolle, als wodurch die possessio naturalis und civilis cum omnibus effectibus per fictionem brevis manus auf den Käufer ebenermassen transferiret wird.“ Trützschler[82]) werwertet „die Klausel des constitutum possessorium“ auch bei der Anordnung des Fideikommisses. Sie gehört nach ihm zu den „Nebenverordnungen, welche zur Erreichung der Absicht des Testirers und Festhaltung seines Willens dienen“, und besagt, „dass vom Eintritt des Zeitpunktes der Restitution an der Erbe nicht mehr in seinem eigenen Namen, sondern im Namen des Fideikommisserben besitzen wolle.“ Georg Ludwig Böhmer[83]) lag folgende Frage vor: Der Eigentümer einer Herrschaft hatte jemanden zum Erben eingesetzt, da er aber befürchtete, dass andre Personen dem Eingesetzten sein

---

[79]) Cap. 29 Frage 7, 8 S. 183, 184.

[80]) Sect. II class. 3 nr. 44 S. 302.

[81]) Bd. XVI S. 73.

[82]) Bd. II S. 563.

[83]) Auserlesene Rechtsfälle aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit (Gött. 1799) Bd. I Abt. 2 No. 65 nr. 15, 16 S. 506.

Erbrecht streitig machen, und da sie näher wohnten, als dieser, vor ihm den Besitz der Herrschaft ergreifen würden, so fragte er bei Böhmer an, auf welche Weise letzteres vereitelt werden könne. Böhmer riet in erster Linie zum Konstitut, welches „mittelst einer Uebereinkunft geschieht, in welcher der Herr des Landes dessen Besitz seinen Nachfolgern förmlich übergiebt, und solchen Besitz fernerhin nicht in eigenem, sondern in seines Nachfolgers Namen beizubehalten sich erklärt."

Was die Voraussetzungen des constitutum possessorium anlangt, so darf man behaupten, dass die Praxis hier mit der Theorie übereingestimmt hat. Der Konstituent muss Besitzer sein[84]). In einem sowohl von Berlich[85]) wie von Philippi[86]) mitgeteilten, im Jahre 1625 entschiedenen Falle wies die Leipziger Fakultät Kläger, welche den Besitz eines Lehnguts in Anspruch nahmen, mit der Klage ab, obwohl sich dieselben auf eine Erklärung des Lehnsherrn beriefen, dass er ihren Erblasser und sie „in wirkliche possess hiermit setze", und obwohl die Fakultät in dieser Erklärung ein constitutum possessorium erblickte. Denn der Lehnsherr hatte diese Erklärung vor erledigtem Lehn, also zu einer Zeit abgegeben, wo er nicht besass. — Ebenso wird auch in der Praxis anerkannt, dass das constitutum in seinem Bestande von dem Hauptvertrage abhängt, dem es angefügt ist. Eine von Brunnemann mitgeteilte Entscheidung der Frankfurter Fakultät[87]) ist überschrieben: „De constituto possessio, quod ejus valor

---

[84]) Vgl. vor allem Consilia Tubingensia, vol. VI cons. 12 (1691) S. 101 flg., auch Mevius, Decisiones P. V decis. 352 S. 638.

[85]) Decisiones aureae (Lips. et Franc. 1685), decis. 255 S. 872.

[86]) Usus practicus Institutionum lib. IV eclog. 73 ex § 6 d. interd. S. 980.

[87]) Consilia sive responsa academica, cons. 170 S. 1150 flg.

ex valore contractus, cui adjectum, sit aestimandum.“ Es heisst darin: „Validitas constituti seu accessorii dependet a validitate contractus, utpote rei principalis.“ In dem betreffenden Falle wurde die Gültigkeit des Konstituts verneint, weil der Hauptvertrag gegen die Regel verstiess, „quod tutor in rem suam auctor fieri nequit“. Eine Jenenser Entscheidung [88]) besagt: „Will auch die wirkliche Uebergab und Abtritt der possession in solchem Fall von Nöthen sein, „quando negotium super quo constitutum interpositum fuit, ut hic testamentum, contra pacta unionis prolium invalidum et nullum est, siquidem possessorio ex constituto eaedem objici possunt exceptiones, quae ipsi contractui objicerentur, ita ut ad resolutionem contractus principalis resolutio quoque constituti sequatur: nec per illud possessio translata esse videri queat.“

Dass das abstrakte constitutum naturalis und civilis possessio überträgt, und dass der ältere Konstitutar dem jüngeren körperlichen Erwerber vorgeht [89]), ist auch die Ansicht der Praxis. Auch die Praxis giebt ferner dem Konstitutar die sämtlichen Besitzklagen, und insbesondere das remedium ex lege ult. C. h. t. auch gegen denjenigen, welchem der Konstituent die Sache körperlich tradiert hat [90]). Dass dann das beneficium excussionis nicht entgegengestellt werden kann, wird auch von der Praxis angenommen [91]). Eine Entscheidung

---

[88]) Lyncker, Consilia seu responsa. Resp. 87 S. 469.

[89]) Vgl. z. B. Consilia Tubingensia vol. VI cons. 12 (1691) S. 101 flg.; Herm. Henr. Engelbrecht, Selectiores consultationes collegi Ictorum academiae Gryphiswaldensis (Strals. et Gryph. 1741), resp. 31 nr. 17 sq. S. 131; Wernher, Selectae observationes tom. I P. I obs. 273 S. 292.

[90]) So namentlich das Reichskammergericht. Vgl. Gaill, Observationes II, 27 S. 334 nr. 31—32.

[91]) Samson Hertzog cap. 19 Frage 9 S. 107; Gaill l. c.; Oraculum Bd. IV (Leipz. 1753) S. 664; Lyncker, Rerum in

der Tübinger Fakultät[92]) schliesst diese Einrede auch für den Fall aus, dass der Konstitutar mit der actio hypothecaria vorgeht. Der Konstitutar kann auch auf Erlassung eines mandatum de immittendo bei Gericht antragen[93]), ein Konsilium der Tübinger Fakultät[94]) erwähnt, dass sowohl im Reichskammergerichte wie im Reichshofrathe solche mandata „tota die" teils cum teils sine clausula gewährt würden. Muster finden sich in Jacob Blume's Supplicationes camerales[95]). — Der Konstitutar darf sich auch eigenmächtig in den körperlichen Besitz setzen, Gewalt darf er hierbei aber nicht anwenden. Das Wismarsche Tribunal schärfte dies wiederholt ein. So in einem Urteil vom Jahre 1656[96]), in welchem von dem Konstitutar gesagt wird: „Ipso (gemeint ist der Konstituent) invito possessionem apprehendere non potest." Ferner in einem Urteile von 1657[97]), wo es heisst: „Etsi ex constituto non minus quam ex reali traditione possessio ab eo qui constituit alieno nomine possidere, in constitutarium transfertur, nec tantum civilis sed etiam naturalis, inde etiam quaeritur facultas propria autoritate possessionem invadendi, haud tamen aliter quam si eadem vacet aliusve quisquam in possessione non sit. Hunc invitum et reluctantem expellendi adeoque tunc occupandi non est jus atque potestas . . . Nec modo contra tertium detentorem illicita est istiusmodi occupatio, sed etiam contra illum ipsum qui con-

---

dicasteriis Jenensibus decisarum centuriae XV nr. 383 S. 235 (a. 1699), nr. 1352 S. 351 (a. 1700); Beck S. 193.

[92]) Consilia Tubingensia, vol. VI cons. 12 (1691) S. 101 flg.

[93]) Vgl. Engelbrecht, Consultationes Gryphiswaldenses, resp. 31 nr. 17 sq. S. 131; Beck S. 193.

[94]) Consilia Tubingensia, tom. I cons. 80 (1699) S. 618 flg.

[95]) Frankf. 1666. Tit. 8 de mandatis Nr. 5 (1661) S. 163 bis 165, N. 10 (1661) S. 172 flg. Vgl. auch Cramer, Observationes juris universi tom. I obs. 118 § 1 S. 336 (1743).

[96]) Mevii decisiones p. IV decis. 217 S. 456.

[97]) Das. P. V decis. 351 S. 637.

stituit.“ Eine Jenenser Entscheidung aus dem Jahre 1677, welche in einer Stolper Sache ergangen ist[98]), besagt: „Expressa conventio propria autoritate occupandi possessionem, ut et pactum constituti possessorii cum similibus non operantur potestatem repugnante possessore ingrediendi.“ Uebereinstimmend ist das wiederholt erwähnte Urteil des Kurfürsten von Brandenburg als Verwesers des Herzogtums Crossen und Züllichau und das in dieser Sache ergangene Appellationsurteil der Neumärkischen Regierung[99]). Beck äussert sich dahin[100]), dass es dem Kreditor erlaubt sei, „die possessionem propria autoritate, wofern es nur nicht gewalttätigerweise geschieht, zu ergreifen“. Trützschler[101]) ist der Meinung, dass „der geringste Widerstand die Sache zur Anrufung des Richters qualificiret“. Etwas weiter geht anscheinend ein Konsilium der Tübinger Fakultät[102]) von 1699, welches den Konstitutar nur für den Fall die Angehung des Gerichtes anrät, dass sich der Konstituent „ex justa quadam causa“ der eigenmächtigen Besitzergreifung des Konstitutars widersetzt.

Durch den Tod des Konstituenten erlischt der durch constitutum erworbene Besitz nicht[103]), ebenso wenig wird er durch den Tod des Konstitutars beeinflusst, er geht vielmehr auf dessen Erben über. Ein Bescheid der Tübinger Fakultät[104]) sagt hierüber: „Verior sententia, quod constitutum non finiatur morte

---

[98]) Lyncker, Rerum decisarum centuriae XV nr. 187 S. 105.

[99]) Orakulum Bd. XVI S. 249, 250.

[100]) Sect. II class. 2 nr. 94 S. 192.

[101]) Bd. I S. 128. Vgl. auch Bd. II S. 20.

[102]) Consilia Tubingensia, vol. I cons. 80 S. 618 flg.

[103]) Brunnemann cons. 171 nr. 28 S. 1162; Lyncker, Consilia seu responsa vol. I resp. 87 S. 468, Consilia Tubingensia vol. VI cons. 12 (1691) S. 101 sq.

[104]) Consilia Tubingensia, vol. I cons. 80 S. 618 flg.

constitutarii, sed ad heredes ejus transeat, proinde non minus heredi constitutarii, quam ipsi constitutario remedium retinendae possessionis competat, quam sententiam communem esse ajunt, ab eaque nec in judicando recedendum esse monent.“ Von der Vererblichkeit des durch constitutum erworbenen Besitzes geht ferner eine Entscheidung der Frankfurter Fakultät aus [105]), und ein von Lyncker mitgeteiltes Jenenser Urteil [106]) besagt: „Gestalt auch das jus possessionis constitutae ohne neue Apprehension auf die Erben gelangt.“ Ueber die Beendigung des Besitzes durch Verzichtspräsumption herrscht wie in der Theorie, so auch in der Praxis keine Uebereinstimmung. Diejenige Ansicht, von der Mascov [107]) sagt: „usu forensi invaluit“, und deren Einbürgerung in die Praxis auch Beck [108]) bezeugt, geht dahin, dass der Besitz verloren geht, wenn ein Dritter eingedrungen ist, und der Konstitutar nicht sofort oder wenigstens innerhalb drei Tagen nach seiner Kenntnis, jedenfalls aber binnen zehn Jahren einschreitet. Das Wismarsche Tribunal versteht diesen Besitzverlust dagegen nur von dem Falle, dass der Dritte nicht auf Grund einer Tradition des Konstituenten in den Besitz der Sache gelangt ist [109]); und die bereits erwähnte Entscheidung der Frankfurter Fakultät vom Jahre 1672 [110]) fordert stets Ablauf von 30 Jahren.

Besonders freundlich stand man in der Praxis der clausula constituti nicht gegenüber. Brunnemann be-

---

[105]) Stryk, Tractatus de cautelis sect. 2 cap. 4 § 20 (operum vol. 13 S. 59), vgl. auch operum vol. 8 disp. 31 cas. 7, 8 S. 507.

[106]) Rerum decisarum centuriae XV, nr. 1352 (a. 1700) S. 351.

[107]) Siehe oben S. 259 flg. Vgl. Brunnemann cons. 171 nr. 20 S. 1162; Lyncker, Consilia seu responsa, resp. 87 S. 469.

[108]) S. 193.

[109]) Mevius, P. V decis. 158, 159 S. 570, 571.

[110]) Vgl. Anm. 105.

zeugt[111]), dass „diese formula constituti possessorii wegen des Missbrauchs dieser Klausel wenig in judiciis, sonderlich in concursibus creditorum attendiret wird". Gegen die Annahme jedoch, dass ein Veräusserungsvertrag schon deswegen als simuliert anzusehen sei, weil der Veräusserer noch nach demselben scheinbar den Besitz fortsetzte, sprach sich eine vom Reichskammergerichte bestätigte Entscheidung der Tübinger Fakultät[112]) vom Jahre 1728 aus. „Cum sola retentio possessionis et quod manserit in possessione ad inducendam simulationem minime sufficiat, nisi inter personas prohibitas et suspectas res agatur et causa concurrat, propter quam simulate negotium geri debuerit."

Von den Arten des Konstituts mit causa detentionis kam in der Praxis am häufigsten die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs vor. Von ihr handeln mehrere Tübinger Entscheidungen, zwei von 1698[113]), je eine von 1709[114]) und 1747[115]), ferner ein Altdorfer Urteil von 1723[116]). Einen interessanten Fall der Veräusserung unter Vorbehalt der Miete entschied im Jahre 1709 die Wittenberger Fakultät[117]). Rosina hatte ihr Haus dem Abraham

---

[111]) Cons. 80 nr. 9, 10 S. 463.

[112]) Consilia Tubingensia. Vol. IX continens Wolfg. Ad. Schöpfii consilia selectissima praecipuam partem inclutae facultatis juridicae Tubingensis nomine elaborata (Tub. 1750). Cons. 19.

[113]) Consilia Tubingensia, vol. I cons. 75, 77.

[114]) Das. vol. V, in quo continentur Michaëlis Grassi consilia (Tub., Franc., Giess. 1733) cons. 8 nr. 15 sq. S. 52, Orakulum Bd IV S. 61.

[115]) Das. vol. IX cons. 69 nr. 55 S. 651.

[116]) Joh. Jod. Beck, Decisiones et responsa. Tom. I (Norimb. 1734) dec. 36 nr. 7 S. 347.

[117]) Leyser, Meditationum vol. VII. Spec. 445 nr. 6 S. 73. Vgl. gegen diese Entscheidung Gruchot, Glossen zum Allgemeinen Landrecht in seinen Beiträgen Bd. IV S. 490.

verkauft, sich aber vorbehalten, ein Zimmer noch ein Jahr lang bewohnen zu dürfen. Eine körperliche Tradition war nicht erfolgt. Die Mieter des Hauses, welche ihre Mietverträge mit Rosina abgeschlossen hatten, weigerten sich, den Mietzins an Abraham zu entrichten. Dieser bat, sie durch Strafandrohungen zur Zahlung anzuhalten. Dies Gesuch wurde von der Fakultät zurückgewiesen, weil Abraham nicht Eigentümer des Hauses geworden sei; denn ein constitutum possessorium liege nicht vor, da der Vorbehalt der Nutzung an einem Teile zur Uebereignung des Ganzen nicht genüge. Von den Notariatsschriftstellern wird auch die „clausula precarii“ erwähnt, doch nur, um vor ihrem Gebrauche zu warnen, da sie nur die possessionem civilem, nicht auch, wie das einfache Konstitut, die possessionem naturalem übertrage [118]). Die Wirkung der Eigentumsübertragung wird ferner der Veräusserung unter Vorbehalt der Verwaltung [119]) und derjenigen unter Vorbehalt einer Hypothek [120]) zuerkannt. Endlich wird von der Hallenser Fakultät als ein constitutum possessorium nach Analogie der Begründung der societas omnium bonorum die investitura simultanea angesehen [121]).

Als Resultat der in diesem Abschnitt angestellten Untersuchung ergiebt sich: Das körperliche Moment der Tradition ist in der deutschen vorsavignyschen Praxis noch weit mehr verblasst, als in der gleichzeitigen Theorie:

---

[118]) Vgl. Samson Hertzog S. 184; Beck S. 193, 194.

[119]) Entscheidung der Wittenberger Fakultät von 1719 bei Wernher, Selectae observationes forenses, tom. II p. VII obs. 124 S. 261.

[120]) Consilia Tubingensia, vol. VI cons. 60 nr. 27, 28 S. 374 (Entscheidung von 1723).

[121]) Just. Henn. Böhmer, Consultationes et decisiones juris, tom. III p. I resp. 154 nr. 18 S. 663.

Die Uebereignung von Waren und Gebäuden durch Einhändigung der Schlüssel hat auch dann statt, wenn sich das Veräusserungsobjekt nicht in der Nähe des Erwerbers befindet, die instrumentalis traditio wird nicht auf die Uebergabe der Erwerbsurkunde des Tradenten beschränkt, im Verkehr wird eine Tradition durch Aushändigung der Traditionsurkunde anerkannt.

Savigny will im Recht des Besitzes das römische Recht seiner Zeit darstellen, nicht das der römischen Juristen oder Justinians. Das gemeine Recht ist die gemeinrechtliche Praxis. Dass diese aber im Anfange unsres Jahrhunderts der „physischen Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschliessen“ gänzlich fern stand, das wird man jetzt hoffentlich einräumen.

Abteilung III.

Die deutsche Partikulargesetzgebung.

Die deutsche Partikulargesetzgebung, mit Ausnahme des Codex Maximilianus, der preussischen und österreichischen Kodifikation, hat sich nur wenig mit den Fällen der traditio ficta beschäftigt. Die bedeutendsten städtischen Reformationen, wie die Nürnbergs, Frankfurts, Freiburgs, von Worms und Langensalza erwähnen die traditio ficta überhaupt nicht. Dasselbe gilt von den baierischen Landrechten von 1518 und 1616 und von denen Württembergs von 1567 und 1610. Dagegen behandelt das preussische Landrecht von 1620 die uneigentliche Tradition sehr eingehend. Der 12. Artikel des ersten Titels im dritten Buche ist überschrieben: De rei traditione. Es wird hier gesagt, dass es zweierlei Traditionen gebe, eine vera oder naturalis und eine ficta oder quasi traditio. Die erstere wird definiert als diejenige, „qua res nostras corporales alteri de manu in manum tradimus adeoque non ore saltem, sed opere et re ipsa transferimus et eo utroque voluntatem nostram de re in alium transmittenda declaramus.“ Zur traditio ficta wird gerechnet die Besitzübertragung unkörperlicher Sachen, die traditio brevi manu, die Tradition durch Schlüsselübergabe, — dass diese in re praesenti zu erfolgen habe, wird nicht gesagt, — dann die instrumentalis traditio, die aber ein

weiteres Anwendungsgebiet hat, als im römischen Recht; denn es heisst von ihr: „Similiter instrumento aut litteris obligationis traditis id quod iis continetur, tradi intelligitur. Itaque si quis alicui instrumenta et scripturas eo animo tradat, ut dominium rerum in iis comprehensarum in ipsum transferat, perinde habetur ac si res naturaliter et re vera traditae essent et possessio earum apprehensa.“ Dann wird ausgeführt: wenn das übergebene Instrument nicht sage, der Besitz sei tradiert, der Erwerber sich aber selber in den Besitz gesetzt habe, so stehe dies einer Einführung in den Besitz gleich. Als traditio ficta wird ferner die Uebereignung durch Zeigen der Sache aufgeführt. Endlich wird die Miete und der Ususfrukt der eigenen Sache genannt als Beispiele des Falles, in welchem jemand das Eigentum erwirbt, „etiamsi res ei non tradatur, sed apud alium, qui eam ante habuit, relinquatur,“ und von welchem es heisst: „Res ipso contractus tempore tradita et vere in alium translata censetur.“ Der Besitzerwerb durch aspectus und derjenige durch Schlüsselübergabe wird auch im Art. 1 des dritten Buches Titel V erwähnt. Dass die Schlüsselübergabe vor dem Behältnisse erfolgen müsse, wird auch hier nicht gesagt.

Die Lehre der romanistischen Doktrin über die traditio ficta hat allem Anscheine nach auch die Bestimmungen der sächsischen Konstitutionen von 1572 über die Geradeschenkung[1]) beeinflusst. Es bedarf nach ihnen zur Schenkung der Gerade unter Lebenden der Zuziehung des Geschlechtsvormunds der Donatrix, der Uebergabe eines Inventars der Geradestücke und der Aushändigung der dazu gehörigen Schlüssel. Weiteres ist, wenn die Schenkung gerichtlich erfolgt — was bei einem Werte von über 500 un-

[1]) II, 14. Vgl. W. M. Schaffrath, Codex Saxonicus Bd. I (Leipz. 1842) S. 105.

garischen Goldgulden erforderlich ist — nicht zu beobachten. Geschieht sie dagegen aussergerichtlich, so müssen zwei oder drei Zeugen oder ein Notar und Zeugen zugegen sein. Ferner wird verlangt: „Jedoch so müssen die Schlüssel als dann in Gegenwart derer Kasten und Truhen, darinnen solche Stücke verwahret, dem Donatario auch daneben die donirten Stücke zugestellt und übergeben werden." Zum Schlusse heisst es: „Und in allen diesen Fällen mag die Donatrix ihr den usum und Gebrauch auf ihr Leben fürbehalten, welches also geschehen kann: dass nach der Tradition der Donatarius ihr die donirten Stücke oder die Schlüssel dazu wieder zustelle." Von diesen Bestimmungen ist bei den Schriftstellern des usus modernus häufig die Rede. Carpzov[2]) fragt, ob zur aussergerichtlichen Geradeschenkung neben der Uebergabe der Schlüssel noch die der Geradestücke selber erforderlich sei, wie man nach dem Wortlaute der Konstitution annehmen müsse. Er verneint und hält dafür, dass jedes von beiden für sich genüge. Er allegiert hierbei drei Urteile des Leipziger Schöffenstuhles. An einer anderen Stelle[3]) bemerkt er, dass die Förmlichkeiten der Geradeschenkung auch „tempore pestis" zu beobachten seien, was er ebenfalls durch mehrere Entscheidungen des Leipziger Schöffenstuhls belegt. Ebenso handeln Struve[4]) und Berger[5]) von den Erfordernissen der Geradeschenkung. Just Henning Böhmer[6]) betont, dass beim Geradekauf

[2]) Jurisprudentia forensis P. II const. 14 def. 16 S. 510, Responsa juris electoralia lib. V tit. 7, resp. 60 S. 102 flg., de donatione bonorum utensilium sive geradae Saxonicae (resp. Gottfr. Herman Lips. 1646) th. 32, 33, 38, 39.

[3]) Jurisprudentia forensis l. c. def. 15.

[4]) Syntagma P. III exerc. 40 th. 6 S. 50, Jurisprudenz oder Verfassung der landüblichen Rechte Buch II, 8 §§ 28, 29 S. 319.

[5]) Oeconomia, lib. II, II th. 28 Note 1 S. 206.

[6]) Consultationum et decisionum juris tom. II pars I resp. 333 S. 448 (1731).

die angegebenen Sollemnitäten nicht beobachtet zu werden brauchen, eine Tradition der Geradestücke fordert er aber auch in diesem Falle, doch genügt eine symbolische oder ein constitutum possessorium. Das juristische Orakulum fragt [7]), ob die Geradeschenkung auch dann vor sich geht, wenn sich in den zur Stelle gebrachten Kisten und Kasten von den Geradestücken nichts befindet, oder wenn falsche Schlüssel übergeben werden. Die erste Frage wird dahin beantwortet, dass es genügt, wenn auch nur ein Teil der zu verschenkenden Gerade in den Behältnissen ist, „weil doch allhier der Animus und die Intention der Donatricin vornehmlich anzusehen ist, diese aber weiter und dahin geht, dass sie nicht nur etliche einzelne Geradestücke, sondern ihre sämtliche Gerade verschenkt und übergeben haben wolle." Ob die richtigen Schlüssel übergeben werden oder falsche, wird für unerheblich erklärt. „Wenn aber auch gleich ein Error in Verwechselung der Schlüssel vorgegangen wäre, so glaubt man doch nicht, dass darum diese Schenkung ungültig sein solle, weil doch allhier mehr auf die Intention der Contrahentium als auf diesen geringen Irrtum in Schlüsseln zu sehen, und also genug ist, dass Donatrix die Intention gehabt, durch Ueberreichung der Schlüssel die Possess der gegenwärtigen Kisten und Schränke zu übergeben, und dass sie die Schlüssel vor die rechten gehalten, und dass selbige die rechten bedeuten sollten. Und da nicht eben nöthig ist, dass die Kisten und Kasten in actu donationis damit eröffnet werden müssen, so schadet auch nichts, dass diese vermeinten Schlüssel die Kisten und Kasten nicht geschlossen hätten, wenn man sie hätte eröffnen wollen, sondern weil dieses doch nur eine blosse äusserliche Ceremonie ist, so kann auch genug sein, dass diese unrechten Schlüssel die rechten

---

[7]) Bd. XI (Leipz. 1751) S. 326, 327.

repräsentiren sollen, sufficit igitur fuisse claves, tametsi non genuinae et rectae fuerint, und dass die Contrahenten selbige an der rechten Stelle zu Vollziehung dieses Actus der Gerade-Verschenkung gebrauchet, dafür gehalten und angenommen haben, also es nicht unbillig heisst, quod error hic jus faciat, l. 3 § fin. D. d. supell. leg."

Zu Erörterungen über die traditio ficta gaben ferner diejenigen Particularrechte Veranlassung, welche den Satz enthalten: „Donner et retenir ne vaut, nieman kan te gelijk houden ende geven," wohin insbesondere das Freiburger Stadtrecht von 1520 [8]) und verschiedene niederländische Statuten gehören. Dass das constitutum possessorium, sei es mit, sei es ohne causa detentionis, hier ausgeschlossen ist, wird allgemein [9]) angenommen. Ob dies auch von den anderen Arten der traditio ficta gilt, untersucht Antonius Matthaeus. Die Schlüsselübergabe und die Aufstellung eines Wächters, sowie das Zeigen des Veräusserungsobjektes und die traditio brevi manu erachtet er für gleichwertig der realen Tradition. Von der signi impositio und der instrumentorum traditio sagt er dagegen: „Vix est, ut eas statutum admittat: possis enim hoc colore ad vitam usque retinere rem, ita ut post mortem demum tuam vindicetur a donatario. Aut certe distinguendum, quo animo signum quis apponat, utrum tamquam mox ablaturus, an tamquam olim. Priore casu nihil fit in fraudem statuti, posteriore fraus quaesita videtur."

Das Freiburger Stadtrecht [10]) und niederländische Statuten sind es neben anderen Partikularrechten auch,

---

[8]) Tract. II tit. 7.

[9]) Vgl. Antonius Matthaeus, Paroemiae Belgarum. V nr. 19—21, S. 122 flg., VII nr. 2, 3 S. 155; Voet, Commentarius ad Pandectas tom. V lib. 41, 2 nr. 14 S. 840; Mascov, De constituto possessorio th. 31 S. 135.

[10]) Tract. II tit. 8.

welche die Hypothek an Mobilien verbieten. Auch hier fragt es sich, inwiefern damit zugleich die Uebertragung des Pfandbesitzes durch traditio ficta ausgeschlossen ist. Antonius Matthaeus[11]) äussert sich nur über das constitutum possessorium, das er nicht für ausreichend erachtet. Lüder Mencken[12]) verwirft jede traditio ficta. Simon van Leeuwen[13]) zeigt sich dagegen geneigt, auch eine Verpfändung mittelst constitutum possessorium zuzulassen. Doch bekennt er, dass diese Ansicht der „consuetudo" nicht entspreche, weswegen er sich dahin entscheidet: „Quare consultum mihi videtur ipsam rem mobilem in ipsa translatione actualiter aut ad minimum imaginarie per clavium traditionem aut simili modo per immissionem vacuae possessionis tradi iterumque a debitore precario accipi." Ausdrücklich ist das constitutum possessorium zu Pfandzwecken verboten in der sächsischen „Erläuterung und Verbesserung der bisherigen Prozess- und Gerichtsordnung" von 1724, wo es ad Tit. 44 § 2 heisst: „In rebus mobilibus aber ist weder eine gerichtliche, noch aussergerichtliche Verschreibung von einiger Wirkung, sondern es hat allein derjenige, dem ein Pfand zugleich übergeben worden, wann er es wirklich in Händen hat, gestalt das constitutum possessorium oder eine traditio ficta hierbei keineswegs zu attendieren, ein jus reale dergestalt daran erlangt, dass er vor allen andern, so nicht zur ersten Klasse gehören, davon zu befriedigen." Diese Bestimmungen haben zu mancherlei Zweifeln Veranlassung gegeben. Einmal wurde hin und wieder angenommen, dass hiernach nicht nur die Verpfändung, sondern auch die Uebereignung durch constitutum pos-

[11]) Paroemia VII nr. 14 S. 164.

[12]) Bei Huber, Praelectiones P. II lib. 20,1 nr. 6 S. 1031 Note.

[13]) Censura forensis theoretico-practica lib. IV cap. 7 S. 329, 330.

sessorium bei beweglichen Sachen unzulässig sei. Diese Ansicht vertreten z. B. zwei Erkenntnisse des Appellationsgerichts Dresden [14]). Dass sich die Vorschrift der erläuterten Prozessordnung nur auf Verpfändungen beziehe, nahmen dagegen das Appellationsgericht Zwickau [15]) und die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Dresden vom 16. August 1846 [16]) und vom 19. April 1859 [17]) an. Der letzteren Ansicht ist sicherlich der Vorzug zu geben. Eine fernere Frage war die, ob und in wie weit auch andre Arten der traditio ficta ausgeschlossen seien. In einem Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Dresden [18]) handelt es sich darum, ob die Schlüsselübergabe genügt. Es wird dies verneint für den Fall, dass „hiermit eine fernere unmittelbare erlaubte Einwirkung auf diese Gegenstände seitens des Schuldners nicht abgeschnitten, sondern nur soviel dargelegt ist, dass der Gläubiger ebenfalls den Zutritt zu diesen Lokalitäten, welcher jedenfalls auch dem Schuldner nach wie vor verblieben ist, haben soll.“ Einem andern Urteile dieses Gerichts [19]) lag folgender Tatbestand zu Grunde. Es waren Maschinen verpfändet worden, zum Zwecke der Besitzübertragung auf den Pfandgläubiger wurde, wie es in dem hierüber aufgenommenen Protokolle selber heisst, eine „symbolische“ Uebergabe an Ort und Stelle vorgenommen, und zwar dadurch, „dass die betreffenden Gläubiger Blechmarken mit den Anfangsbuchstaben ihrer Namen, beziehentlich

---

[14]) Wochenbl. f. merkwürd. Rechtsfälle zunächst für das Königreich Sachsen. Jahrg. 1843 St. 34 No. 93 S. 267, Jahrg. 1850 St. 42, 43 No. 72 S. 332.

[15]) Das. 1857 St. 19 No. 30 S. 147.

[16]) Das. 1850 St. 43 No. 72 S. 332 flg.

[17]) Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen. N. F. Bd. XIX S. 79.

[18]) Das. N. F. Bd. XVII S. 313 (Entscheidung vom 8. 10. 1857).

[19]) Das. N. F. Bd. XXIII S. 460.

Firmen an den Maschinen befestigen liessen, womit der Schuldner die Uebergabe als geschehen anerkannte, während die Maschinen nach wie vor im faktischen Besitze desselben blieben und ihm unter gewissen Bedingungen zur Benutzung überlassen wurden. Das Oberappellationsgericht erkannte dahin, dass eine den Vorschriften der erläuterten Prozessordnung entsprechende Verpfändung nicht vorliege: „Zu keiner Zeit sind die Gläubiger dergestalt in den thatsächlichen Besitz gelangt, dass sie den Gemeinschuldner von jeder Einwirkung auf die Maschinen faktisch hätten ausschliessen, ja auch nur deren Verkauf hätten verhindern können."

In dem Rostocker Stadtrecht von 1757 (III, 4 Art. 11) wird nur demjenigen, der ein „handhabendes" Pfand hat, die Meldung im Konkurse des Schuldners erlassen. Eine Pfandbestellung durch constitutum possessorium ist damit ausgeschlossen, wie auch das Oberappellationsgericht Rostock in der Entscheidung vom 1. März 1869 [20]) angenommen hat.

Erschöpfende Bestimmungen über die traditio ficta enthält der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756. Besitz oder „Inhaben" ist „eigentlich" jener Zustand, da man eine Sache mit der Absicht, solche für sich zu haben (animo sibi habendi) in seiner Gewalt und Gewahrsam hat (Tl. II Kap. 5 § 1). Erworben wird er dadurch, dass „man die Sache aus hinlänglicher Ursach in der Absicht, solche für sich zu behalten, wirklich ergreift" (§ 3 das.). Nach Kreittmayr wird zum Besitzerwerbe hiernach viererlei gefordert: „1. Factum apprehensionis, 2. animus vel intentio rem sibi habendi, 3. causa vel titulus possessionis, 4. vacua possessio." Von dem dritten Erfordernisse sagt er: „Titulus

[20]) Budde, Entscheidungen des Grossherz. Meckl. Oberappellationsgerichts zu Rostock Bd. VII (Wism., Rost., Ludwigsb. 1871) S. 112.

vel causa habilis ist hier jene, welche entweder das Eigentum selbst oder wenigst das bei der Sach zu haben vermeinte Recht geben kann" (Anmerkungen zu § 5 Tl. II S. 585). Die alte Lehre von der Notwendigkeit der causa traditionis auch zur Besitzübertragung wird damit nicht nur wieder aufgenommen, sondern noch über ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet hinaus erweitert." Eingeteilt wird die Besitzergreifung in eine vera und in eine ficta (§ 6, auch Kap. 3 § 2). Die Apprehensio vera erfolgt auf verschiedene Weise: bei beweglichen Sachen „gemeiniglich dadurch, dass man solche zu Handen bringt", bei unbeweglichen durch den „Eintritt", bei corpora connexa, z. B. einem Grundstück, durch Besitznahme eines Teils, bei corpora disjunctiva, z. B. einer Viehherde, wenn „das ganze Corpus auf einem Haufen beisammen und gegenwärtig ist", durch Ergreifung eines Stücks, während, wenn Stücke abwesend sind, diese besonders apprehendiert werden müssen; zuweilen erfolgt die apprehensio vera auch „durch das Angesicht", „wenn nämlich die Sache vor Augen liegt und mit beiderseitigem Einverständnis von dem Inhaber oder dessen Anwalt in der Meinung und Absicht, solche dem andern zu überlassen und einzuräumen, wirklich vorgezeigt wird." Diese Art der Apprehension genügt also nur beim zweiseitigen Besitzerwerb, wie Kreittmayr auch hervorhebt (S. 586) — „Ficta apprehensio besteht in gewissen üblichen Zeichen, als da z. E. sind: Die Uebergebung der Schlüssel oder Instrumente, Ausschneidung Spahns oder Wasens, Aufdrückung des Siegels, Einpflichtung der Untertanen, Verschliessung oder Bewachung der Sache, auch nicht weniger durch das . . . constitutum possessorium". Auch die ficta apprehensio wird, entsprechend der zur Zeit der Entstehung des Codex herrschenden Theorie, auf den Fall der Tradition zu beschränken sein. Kreittmayr äussert sich hierüber nicht, er sagt nur, dass

der Besitz hier ergriffen werde „ficto et imaginario modo".

Einige Beispiele dieser ficta apprehensio werden bereits im 3. Kapitel erwähnt, wo von der Uebergabe die Rede ist. In § 7 das. wird bemerkt, dass die Uebergabe auch longa vel brevi manu erfolgen könne „durch die Anweisung oder Vorzeigung des Guts oder per constitutum possessorium, wie nicht weniger durch Zeichen, nämlich Aufdrückung des Insiegels, Aushändigung der Schlüssel, Dokumente und dergleichen." Kreittmayr fasst diese Uebergabsarten unter dem Namen „ficta, tacita, impropria seu analogica traditio" zusammen, welche er, entsprechend der Theorie des usus modernus, einteilt in traditio longae manus, traditio brevis manus und traditio symbolica (S. 524). Von der ersteren sagt er, dass sie meistenteils „oculis et affectu" bewerkstelligt werde, „und zwar bald in Abwesenheit, bald in Gegenwart der zu extradirenden Sache durch die Vorlegung, Vorweisung, Bewahrung und Bezeichnung derselben." Diese Bemerkung lässt die Frage zu, ob eine abwesende Sache nicht auch lediglich durch die von dem Erwerber acceptierte Erklärung des Veräusserers tradiert werden könne. Der oberste Gerichtshof für Bayern hat dies in den Entscheidungen vom 14. April 1871 [21]) und 17. November 1879 [22]) verneint, und in der That entspricht diese Ausdehnung nicht dem, was man zur Zeit der Abfassung des Kodex unter longa manu traditio verstand. Wenn Kreittmayr von einer traditio longa manu einer abwesenden Sache spricht, so denkt er hierbei jedenfalls an das Verhältnis der Sache zum Veräusserer, in welchem Falle die Be-

[21]) Blätter f. Rechtsanwendung zunächst in Bayern. Bd. XXXVII S. 253.

[22]) Das. Bd. XLV S. 36. Sammlung von Entscheidungen des oberst. Gerichtshofes für Baiern in Gegstden des Civilrechts und Civilprozesses Bd. VIII S. 76.

wahrung (custodis appositio) und die Bezeichnung hierher gehören. Die Gründe der beiden oberstrichterlichen Erkenntnisse sind aber nicht zu billigen. Dasjenige vom 14. April 1871 verlangt zum Besitzerwerbe durch Tradition einen „körperlichen Akt, durch welchen es dem Erwerber möglich wird, seine Herrschaft über die Sache durch unmittelbar gegenwärtige Einwirkung auf dieselbe geltend zu machen", die Entscheidung vom 17. November 1879 fordert, „dass dem Käufer das Kaufobjekt wenigstens von der Ferne vorgezeigt wird, damit es derselbe in jedem Augenblick ergreifen kann und ihm hierdurch möglich wird, seine Herrschaft über das Kaufobjekt geltend zu machen." Das ist ein Anachronismus. Allerdings muss der Codex Maximilianeus aus dem gemeinen Recht interpretiert werden, aber aus dem gemeinen Recht seiner Zeit, nicht aus demjenigen, welches 50 Jahre später gelehrt worden ist. Das gemeine Recht um die Mitte des vorigen Jahrhunderts hat Herstellung der Möglichkeit unmittelbarer gegenwärtiger Einwirkung auf die Sache zum Besitzerwerbe nicht verlangt. — Von der Zeichnung sagt Kreittmayr, dass mit ihr Besitz und Eigentum nur dann entstehe, wenn sie nach abgeschlossenem Verkaufe mit Wissen und Willen des Verkäufers erfolge, während sie sonst nur vorgenommen zu werden scheine, um Verwechselungen vorzubeugen.

Die traditio brevi manu wird von Kreittmayr eingeteilt in die traditio brevi manu im heutigen Sinne des Wortes und in das constitutum possessorium. Dass sich im ersteren Falle die veräusserte Sache auf Grund eines Rechtsgeschäfts in den Händen des Erwerbers befinde, erachtet das Oberappellationsgericht München [23]) mit Recht nicht für erforderlich, es kommt auf den

---

[23]) Entscheidung vom 7. 11. 1877. Blätter f. Rechtsanwendung. Bd. XLIII S. 10.

Grund der Detention des Erwerbers nicht an. Nach der Ansicht desselben Gerichtshofes[24]) braucht der Erwerber auch nicht die ganze veräusserte Sache zu detinieren, es reicht z. B. aus, wenn er einen Teil des verkauften Hauses als Mietsmann innehatte. — Dem constitutum possessorium widmet das Gesetzbuch einen besonderen Paragraphen (7). „Constitutum possessorium wird genannt, wenn sich der Inhaber anheischig macht, die Sache hinfüro nicht mehr für sich, sondern für einen anderen mit dessen Bewilligung behalten zu wollen, welches nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann, da nämlich Constituent sich in Ansehen des Constitutarii nur für einen Usufructuarium, Depositarium, Commodatarium, Mandatarium oder Conductorem erklärt." Das constitutum possessorium ist lediglich ein Accessorium des Hauptgeschäfts, von dem es in seinem Bestande und in seiner Beschaffenheit durchaus abhängig ist. Diese Natur des Konstituts ist wohl im Auge zu behalten. Es ist für das zu Uebereignungszwecken dienende Konstitut richtig, wenn das oberste Landesgericht für Bayern ausführt[25]): „Das constitutum possessorium setzt immer einen Vertrag, wodurch der Uebergang des Eigentums bestimmt wird, z. B. Kauf, voraus, zu welchem es sich als Nebenvertrag verhält." Indessen schliesst der Kodex auch ein Konstitut zu Verpfändungszwecken nicht aus[26]). Man[27]) hat zwar das Gegenteil aus II, 6 § 1 entnehmen

---

[24]) Entscheidung vom 28. 1. 1882. Das. Bd. XLVII S. 205.

[25]) Sammlung Bd. VIII Nr. 204 S. 563; Seuffert's Archiv Bd. XXXVI Nr. 127 S. 181 flg. Vgl. auch Krüll, Handbuch des königlich-bayerischen gemeinen bürgerlichen Rechts (Landsh. 1807) Bd. I § 129 S. 211.

[26]) So auch Roth, Bayrisches Civilrecht § 197 S. 491 Anm. 45.

[27]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I, 2 § 65 S. 611.

wollen, wonach ein Faustpfand dann vorhanden ist, „wenn das verpfändete Gut wirklich ausgeantwortet und übergeben wird," sowie aus § 10 das.: „Gehet auch die Possession des Pfands durch die blosse Verschreibung oder Hypothezierung, solange die wirkliche Extradition nicht erfolgt, auf seiten bemeldten Debitoris keineswegs verloren." Unter „wirklicher" Ausantwortung, Uebergabe, Extradition ist indessen jede Besitzübertragung im Gegensatze zur blossen Verschreibung zu verstehen. Auch Kreittmayr sagt (zu § 10 S. 623): „Sobald das constitutum possessorium dazu kommt, ist es keine Hypothek mehr, sondern ein Faustpfand, weil ermeldtes constitutum . . . species fictae traditionis, mithin Debitor solchenfalls nicht so viel mehr suo als creditoris nomine in possessione rei hypothecatae ist. Es gehet auch die Possession eines Faustpfandes auf seiten des Creditoris keineswegs dadurch verloren, wenn sich solches etwa in des Debitoris Wohnung nur custodiae causa befindet, non enim locus, sed animus mutat possessionem." Der Kodex denkt bei dem Hauptgeschäfte, von welchem er das constitutum abhängig macht, vielleicht sogar vorzugsweise an den Pfandvertrag. Denn die Verwendnng des Konstituts zu Pfandzwecken war, wie wir gesehen haben, gerade die zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs häufigste, was auch Kreittmayr hervorhebt (Anm. zu II, 5 § 7 S. 588). Die bayrische Praxis lässt eine Verpfändung durch constitutum possessorium ebenfalls zu[28]). Nur der Besitzer kann Besitz durch constitutum übertragen, nach Kreittmayr: „Juxta axioma: Nemo dat quod non habet[29])." Ueber die an das Objekt des Konstituts zu

---

[28]) Vgl. Roth an dem in Anm. 26 angegebenen Orte. Vgl. auch W. H. Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Teil II (2 A. Erl. 1832) § 177 S. 115.

[29]) Ebenso Krüll S. 211.

stellenden Anforderungen sagt das Gesetz selber nichts, Kreittmayr verlangt eine res certa, betont aber: „Dieses Requisitum aber stehet gleichwohl nicht im Weg, dass das constitutum in bonis futuris ebenso gut als in praesentibus Platz greife.“ Die Wirkung des Konstituts erstreckt sich auch auf die Erben des Konstitutars „dergestalt, dass ihnen alle remedia possessoria, wie ihm selbst, zu Gutem gehen.“ Kreittmayr bemerkt hierzu (S. 589): „Durch den Tod des Constituenten oder Constitutarii wird hierinfalls nichts geändert, vis enim constituti transit active et passive ad haeredes ... worin also das Constitutum von der General-Regel, quod possessio non transeat ad haeredes, abweicht.“ Dagegen erlischt der mittels Konstituts erworbene Besitz durch Wegfall des Hauptgeschäfts, durch Ablauf der Zeit, wenn auch der Besitz des Konstituenten zeitlich begrenzt war, und dadurch, dass ein anderer den körperlichen Besitz ergreift, und der Konstitutar nicht innerhalb drei Tagen nach erlangter Kenntnis Widerspruch erhebt. An sich geht die spätere körperliche Tradition dem früheren constitutum aber keineswegs vor.

Eine traditio symbolica liegt nach Kreittmayr (S. 524) dann vor, „wenn die Sache nicht selbst, sondern nur etwas anderes zum Kennzeichen derselben übergeben wird.“ Eine Beschränkung auf gewisse Zeichen findet nach ihm nicht statt, „weil die signa überhaupt, folglich auch hierin res mere arbitrariae sind“, „je gewöhnlicher und landesüblicher aber das Zeichen ist, je sicherer ist man von dem Willen des Uebergebers und je weniger Zweifel kann nach der Hand hierüber erregt werden.“ Dass dies auch die Ansicht des Gesetzes ist, beweist die clausula generalis „und dergleichen“ im § 7. Ob durch die Symbolsübergabe die „thatsächliche Gewalt“, die „Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung“, das „thatsächliche Abbild des Eigenthums“ für den Erwerber begründet wird, ist

gänzlich ohne Belang. Der Besitz ist nur „eigentlich" „jener Zustand, da man eine Sache mit der Absicht, solche für sich zu haben, in seiner Gewalt und Gewahrsam hat." Wenn Roth[30]) zur Uebergabe stets einen Akt verlangt, der so beschaffen ist, dass der Erwerber dadurch die „Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache" erlangt, wenn er die Apprehension definiert als „eine Handlung, welche die Möglichkeit sofortiger unmittelbarer Einwirkung gewährt", wenn er die blosse Gegenwart nur dann für genügend hält, „wenn der sofortigen physischen Ergreifung nichts im Wege steht", so ist dies mit Entschiedenheit abzulehnen. Es liegt hier derselbe Anachronismus vor, welcher bereits oben getadelt wurde. — Die Schlüssel müssen nach Kreittmayr im Angesichte der Sache übergeben werden. Im Gesetze steht hiervon nichts, so dass man Bedenken tragen muss, diese Beschränkung als geltendes bayrisches Recht vorzutragen. Doch geschieht dies von Roth[31]) und in einem Erkenntnis des Oberappellationsgerichts München vom 2. Januar 1847[32]). — Unter den Dokumenten, deren Aushändigung den Besitz überträgt, sind nach Kreittmayr Kaufbriefe und andere dergleichen Hauptinstrumente zu verstehen, also jedenfalls Urkunden über das Recht des Veräusserers, nicht aber genügen „instrumenta recenter et super praesenti fortasse emptione confecta". „Denn wenn bei Schliessung eines Kaufs die Exemplaria des Kaufbriefs gegen einander ausgewechselt werden, so geschieht dieses noch nicht in der Meinung und Absicht, dass die Sache selbst schon dadurch eingeräumt und extradiert sein solle, sondern nur in signum perfecti contractus und zu dessen künftigem Beweistum, ist also diese Extradition noch nicht hinreichend, um animum transferendi dominium

---

[30]) § 132 S. 115, 116, 117.

[31]) S. 118 Anm. 30.

[32]) Blätter f. Rechtsanwendung Bd. XXV S. 280.

ohne andere nähere Anzeigung hieraus zu schliessen." Diese Ausführungen sind recht charakteristisch, sie beweisen, dass nach der Ansicht des Verfassers des Codex Maximilianeus bei der traditio symbolica der Wille des Kontrahenten das allein Entscheidende ist, dass die Herstellung der tatsächlichen Gewalt hierbei durchaus keine Rolle spielt. Dass Kreittmayr mit der Ausschliessung der Veräusserungsurkunde lediglich die zu seiner Zeit herrschende gemeinrechtliche Theorie wiedergibt, wissen wir. Im Sinne Kreittmayrs ist es, wenn die Entscheidung des Oberappellationsgerichts München vom 11. Oktober 1878 [33]) sagt: „Der deutschrechtliche Satz, dass in der auf Antrag der Kontrahenten erfolgten amtlichen Ausfertigung des Kaufbriefes und in dessen Aushändigung an den Käufer die Uebergabe des Kaufobjektes an diesen gefunden werden müsse, kann allgemeine Geltung nicht ansprechen, seine Gültigkeit ist durch ausdrückliche Gesetze oder verbindliches Herkommen bedingt."

Das Resultat ist, dass der Codex Maximilianeus ein getreues Abbild des zur Zeit seiner Abfassung geltenden gemeinen Rechts ist, und aus diesem interpretiert werden muss.

Dasselbe gilt in wesentlichen Stücken auch von dem östreichischen „allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer".

Der § 425 bestimmt hier:

> Der blosse Titel gibt kein Eigentum. Das Eigentum und alle dinglichen Rechte überhaupt können ausser den in den Gesetzen bestimmten Fällen nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden.

Unter „Uebergabe und Uebernahme" ist die Tradition, d. h. die Besitzübertragung zu verstehen.

---

[33]) Das. Bd. XLIII S. 394.

Die folgenden Paragraphen handeln nach dem Marginale von den Arten der Uebergabe beweglicher Sachen, die eine dreifache ist. Entweder eine körperliche. Von ihr sagt § 426:

> Bewegliche Sachen können in der Regel nur durch körperliche Uebergabe von Hand zu Hand auf einen andern übertragen werden.

Oder eine „Uebergabe durch Zeichen". Ueber sie bestimmt § 427[34]):

> Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Warenlager oder einer anderen Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen, indem der Eigentümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, oder die Werkzeuge übergiebt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschliessend den Besitz der Sache zu ergreifen, oder indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, dass die Sache einem andern überlassen worden ist.

Oder eine Uebergabe „durch Erklärung". § 428:

> Durch Erklärung wird die Sache übergeben, wenn der Veräusserer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, dass er die Sache künftig im Namen des Uebernehmers inne haben, oder dass der Uebernehmer die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftig aus einem dinglichen Rechte besitzen solle.

Weiter kommen in Betracht die Bestimmungen über Bestellung eines Faustpfandes. § 451:

---

[34]) Ueber seine Entstehungsgeschichte vgl. Randa, Das Eigentumsrecht nach östreichischem Recht. I. Hälfte (Leipz. 1884) S. 287 Anm. 11.

Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muss der mit einem Titel versehene Gläubiger die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen.

§ 452:

Bei Verpfändungen derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zulassen, muss man sich, wie bei der Uebertragung des Eigentums, solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht ersehen kann. Wer diese Rücksicht unterlässt, haftet für die nachteiligen Folgen.

Diese Gesetzesvorschriften geben zu einer Reihe von Zweifeln Veranlassung.

Zunächst vermisst man mehrere in der älteren Doktrin als Arten der traditio ficta behandelte Tatbestände, so vor allem den Besitzerwerb einer von dem Veräusserer gezeigten Sache. Man wird anzunehmen haben, dass der Besitz auf diese Weise nach österreichischem Recht nicht erworben werden kann. Die §§ 426—428 enthalten alle vom Gesetze zugelassenen Traditionsarten. Die Frage ist wiederholt praktisch geworden. Ein Schuldner hatte vor dem Gläubiger Geld auf den Tisch gelegt mit der Aufforderung, sich dasselbe zu nehmen. Als der Gläubiger dies eben tun wollte, nahm sein Gläubiger etwas von dem Gelde weg. Es fragte sich, wer in diesem Augenblicke Eigentümer des Geldes gewesen war, der Gläubiger oder der Schuldner? Die zweite und dritte Instanz nahm an[35]: Der letztere. Der hier vorliegende Tatbestand ist mit dem der l. 79 D. d. sol. et lib. im wesentlichen identisch, die Entscheidung ist entgegengesetzt, aber richtig. In einer andern, ebenfalls in drei Instanzen verhandelten

---

[35]) Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. oberst. Gerichtshofes. Herausgeg. von Glaser, Unger und v. Walther. Bd. XXIII No. 10818 S. 611.

Rechtssache [36]) hatte die Schenkerin die Beschenkte in ein Zimmer geführt und daselbst erklärt, dass sie der Beschenkten die in diesem Zimmer befindlichen Gegenstände als Geschenk überlasse. Die Beschenkte hatte hierauf die Gegenstände in Benutzung genommen und ein Jahr lang ungestört innegehabt. Der erste Richter sah den Eigentumsübergang als erfolgt an, das Oberlandesgericht war entgegengesetzter Ansicht, indem es ausführte, dass hier weder eine Uebergabe von Hand zu Hand stattgefunden habe, noch eine solche durch Zeichen oder Erklärung, und dass die angebliche tatsächliche Benutzung der Gegenstände den zur Eigentumserwerbung erforderlichen Uebergabeakt nicht zu ersetzen vermöge. Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung. Eine Vorzeigung der geschenkten Objekte hatte hier stattgefunden, trotzdem wird die Tradition verneint. Auszusetzen ist an dem Urteile des Oberlandesgerichts indessen, dass es von einer denn doch gar zu engen Auffassung des „von Hand zu Hand" ausgeht. Es fordert ja fast, dass sich die beiden Hände berühren. Wenn in dem ersten Falle der Gläubiger das Geld vom Tische aufgenommen hätte, so wäre er doch unzweifelhaft Eigentümer desselben geworden, obgleich eine Uebergabe von Hand zu Hand, wörtlich genommen, auch hier nicht vorgelegen hätte. § 309 bestimmt:

> Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heisst ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Die Begründung von Macht oder Gewahrsam — beides wird mit einander identifiziert — genügt hiernach zum Besitzerwerbe, auch zum einseitigen, an den zwei-

---

[36]) Oestreich. Centralbl. f. die jurist. Prax. Jahrg. 1 No. 467 S. 611. Sammlung Bd. XXI No. 9329 S. 112.

seitigen können aber naturgemäss nicht strengere Anforderungen gestellt werden. Es ist daher Nippel[37]) beizutreten, wenn er bemerkt: „Man kann daher im allgemeinen sagen, dass eine Uebergabe von Hand zu Hand dann vorhanden sei, wenn eine bewegliche Sache von der Gewahrsam des früheren Eigentümers in die des neuen Erwerbers gebracht wird.“ Ebenso definiert Winiwarter[38]): „Eine Uebergabe von Hand zu Hand, d. i. in die Gewahrsame oder den physischen Besitz der Sache.“ Uebereinstimmend Stubenrauch[39]), nach dessen Ansicht die körperliche Uebergabe „besteht in der Herbeiführung eines solchen Zustandes, in welchem es dem Uebernehmer möglich wird, beliebig und ausschliesslich über die Sache zu verfügen, ohne dass gerade ein Ergreifen mit der Hand (wie man etwa aus dem Wortlaute des Gesetzes folgern könnte), dazu erforderlich wäre.“ Er rechnet hierher auch „das Ueberbringen in die Behausung des Erwerbers, die Aufstellung einer Wache und dgl.“

Diese körperliche Uebergabe nun wird vom Gesetze als die normale betrachtet, sowohl bei der Uebereignung wie bei der Faustpfandbestellung. Nur bei solchen beweglichen Sachen, „welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen“, findet eine „Uebergabe durch Zeichen“, eine „symbolische Uebergabe“ statt. Hierunter sind nicht nur solche Sachen begriffen, welche schlechterdings nicht übergeben werden können, sondern auch solche, bei denen dies nicht ohne grosse Unbequemlichkeit und Verzögerung

---

[37]) Erläuterung des allg. bürg. Gesetzbuchs. Bd. III (Graz 1831) S. 361.

[38]) Das östreich. bürgerliche Recht. Teil II (Wien 1832) § 119 S. 189.

[39]) Kommentar zum allgem. östreich. bürgerlichen Gesetzbuche (3 A. Wien 1876) Bd. I S. 505, 507.

möglich ist [40]). Es gibt mehrere Arten der symbolischen Uebergabe. Die eine besteht darin, dass „der Eigentümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigentum dargethan wird, übergibt". Was für Urkunden hiermit gemeint sind, ist fraglich, insbesondere ob auch die Uebergabe der Veräusserungsurkunde genügt. Da auch das österreichische Gesetzbuch aus der zur Zeit seiner Abfassung geltenden gemeinrechtlichen Doktrin erklärt werden muss, so muss die Antwort verneinend ausfallen. Es ist dies auch die in der Theorie herrschende Ansicht [41]), während die Praxis überwiegend anderer Meinung ist [42]). Es muss sich ferner um solche Urkunden handeln, durch welche das Eigentum des Veräusserers dargethan wird, es genügen also nicht solche Instrumente, aus welchen sich nur ein Anspruch des Veräusserers auf Herausgabe aus einem nicht auf Eigentumsübertragung abzweckenden Rechtsgeschäfte ergibt [43]). Die Praxis [44]) und teilweise die Theorie [45]) geht indessen auch hier weiter. Ein

---

[40]) v. Zeiller, Kommentar über d. allgemeine bürgerliche Gesetzb. Bd. II Abt. 1 (Wien und Triest 1812) Anm. 1 zu § 427. Vgl. Centralbl. Jahrg. 1 No. 425 S. 546.

[41]) Nippel Bd. III S. 363 flg.; Stubenrauch Bd. I S. 506; Randa, Eigentumsrecht S. 285 flg.; Allgem. östreich. Gerichtszeitung Jahrg. 12 S. 427. Dagegen v. Zeiller Anm. 3 zu § 427 und zu § 428.

[42]) Vgl. Sammlung Bd. IV No. 1620 S. 174 (23. 12. 1862), Bd. V No. 2547 S. 465 (11. 7. 1866), Bd. XI No. 4938 (O.L.G. Wien 22. 1. 1873), Bd. XXIII No. 10523 S. 222 (O.L.G. Wien 19. 12. 1884), No. 10849 S. 652 (4. 7. 1883. Aufnahme des Inventars). — Der in der Theorie herrschenden Ansicht schliessen sich an: die Urteile des oberst. Gerichtshofes vom 14. 12. 1881 (Sammlung Bd. XIX No. 8592 S. 464) und vom 15. 4. 1885 (Centralbl. Bd. III No. 245 S. 462).

[43]) So Randa, Eigentumsrecht S. 287 flg.

[44]) Vgl. Gerichtszeitung Bd. III S. 234 (Frachtbriefe und Mauthbollete).

[45]) Vgl. v. Zeiller Anm. 3 zu § 427 (Frachtbriefe, Inventare); Stubenrauch Bd. I S. 506 (Lagerscheine).

Faustpfand kann durch instrumentalis traditio nicht bestellt werden. Der Verpfänder soll sich solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Ob die die Sache betreffenden Urkunden übergeben worden sind oder nicht, sieht man aber der Sache selber nicht an. Die Praxis ist freilich zum Teil auch hier abweichender Ansicht[46]).

Die zweite Art der symbolischen Tradition ist die Uebergabe „der Werkzeuge, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschliessend den Besitz der Sache zu ergreifen". Zu denken ist natürlich an die Schlüsselübergabe. Uebergabe angesichts des Behältnisses ist nicht erforderlich. Im Auge zu behalten ist, dass es sich auch hier um solche bewegliche Sachen handeln muss, welche eine körperliche Uebergabe, d. h. eine solche in den unmittelbaren Gewahrsam des Erwerbers nicht zulassen. Die Schlüsselübergabe muss auch zur Verpfändung genügen. Denn wenn der Pfandgläubiger in den Stand gesetzt ist, ausschliessend den Besitz der Sache zu ergreifen, so ist der Verpfänder nicht mehr in der Lage, körperlich über die Sache zu verfügen. Aus diesem Umstande aber kann „jedermann die Verpfändung leicht erfahren".

Endlich erfolgt die symbolische Tradition dadurch, dass „man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, dass die Sache einem andern überlassen worden ist". Zu denken ist hier an die Signation. Die gedruckt vorliegenden Entscheidungen betreffen hauptsächlich Verpfändungen, für welche dasselbe gilt wie für Uebereignungen. Zwei Urteile: Verpfändungen von Maschinen. In dem einen Falle[47]) war der Maschine ein Zettel angeheftet worden,

---

[46]) Vgl. Sammlung Bd. XIX No. 8605 S. 478.

[47]) Centralbl. Jahrg. I No. 383 S. 488, Sammlung Bd. XX No. 9233 S. 549.

auf welchem stand: „Diese Maschine ist dem J. St. in B. für den Kaufpreis der Maschine zum Faustpfande untergestellt,“ Ort, Datum, Unterschrift der Kontrahenten und Zeugen. Das Oberlandesgericht und der oberste Gerichtshof nahmen symbolische Verpfändung an. Das erstere führte hierbei aus, es sei nicht erforderlich, dass das Zeichen die erfolgte Verpfändung auf eine für jedermann erkenntliche Weise beurkunde, es genüge vielmehr, wenn „jedermann bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit und mit entsprechendem Willen in der Lage sei, dasselbe wahrzunehmen“. Auch der oberste Gerichtshof verlangte, dass zum Erkennen des Zeichens derjenige „Grad von Aufmerksamkeit und Sorgfalt angewendet werde, welcher unter gewöhnlichen Verhältnissen vorausgesetzt werden muss“. In dem andern Falle [48]) waren die Maschinen von dem Bevollmächtigten des Pfandgläubigers in Gegenwart des Schuldners mit dem Anfangsbuchstaben des Namens des Gläubigers bezeichnet worden, es war dem Bevollmächtigten ausserdem die Pfandbestellungsurkunde übergeben worden, und der Schuldner hatte endlich ausdrücklich auf jedes Verfügungsrecht verzichtet. Dass hier ein Faustpfandrecht begründet worden sei, wurde in allen drei Instanzen angenommen. Zum Zwecke der symbolischen Verpfändung eines Warenlagers ferner [49]) war die eine Ausfertigung der Pfandurkunde der Gläubigerin übergeben worden, die andre sollte im Geschäftslokale des Schuldners angeschlagen werden, es waren zugleich die Regalien und Kästen mit Zetteln versehen worden, welche die Aufschrift trugen: „Verpfändet an die A.“ Es stellte sich indessen später heraus, dass das zweite Exemplar der Pfandurkunde im Geschäftslokale nicht angeschlagen,

---

[48]) Centralbl. Jahrg. I No. 425 S. 546, Sammlung Bd. XXI No. 9300 S. 75.

[49]) Sammlung Bd. XIX Nr. 8592 S. 464.

sondern vom Schuldner eingeschlossen gehalten worden war. Die zweite und dritte Instanz verneinte entgegen der ersten den Erwerb des Pfandrechts. Das Ankleben von Zetteln an die Regalien und Kästen wurde deswegen nicht für ausreichend erachtet, weil weder erhellte, dass die Zettel auf allen mit Waren gefüllten Behältnissen, noch dass sie an Stellen befestigt waren, an denen sie von jedermann leicht gesehen werden konnten, und weil aus ihnen nicht die Verpfändung des Warenlagers als Gesamtheit hervorging.

Durch die erste und dritte Art der symbolischen Tradition kommt die Sache in der Regel nicht in die Gewalt des Erwerbers. Hieraus folgert Exner[50]), dass der Erwerber hier auch nicht Besitzer werde, das Recht vielmehr ohne den Besitz auf ihn übergehe. Das einzige, was für diese Ansicht spricht, ist die Definition des Besitzes im § 309: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heisst ihr Inhaber, hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer," und diejenige der Apprehension im § 312: „Körperliche bewegliche Sachen werden durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung ... in Besitz genommen." Die Gegengründe überwiegen. Einmal hat das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, wie auch Exner nicht leugnet, seine Bestimmungen über die symbolische Tradition der damals herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin entnommen, die in der symbolischen Tradition eine Besitzübertragung sah. Bei dieser Sachlage hätte es eines besonderen Ausdruckes im Gesetze selber bedurft, wenn dasselbe mit der symbolischen Uebergabe nur den Rechtsübergang hätte verknüpfen wollen. Ferner: Wenn man unter der Uebergabe des § 427 die Eigentumsübertragung versteht, so darf man doch auch mit den

---

[50]) Rechtserwerb durch Tradition S. 166 flg.

Uebergaben der §§ 426 und 428 keinen andern Sinn verbinden, man muss dann auch die Uebergabe von Hand zu Hand für eine Uebertragung des blossen Eigentums erklären, was doch ein offenbarer Nonsens wäre. Man hat deshalb der Uebergabe durch Zeichen dieselbe rechtliche Bedeutung beizulegen, wie den beiden andern Uebergaben und sich mit den §§ 309 und 312 entweder so abzufinden, dass man den § 427 als eine Ausnahme von den in diesen Paragraphen enthaltenen Rechtsgrundsätzen betrachtet, oder so, dass man sagt: Der durch symbolische Tradition Erwerbende wird nicht Besitzer, es treten für ihn aber die Rechtswirkungen des Besitzes ein, er geniesst insbesondere Besitzesschutz und hat die Möglichkeit der Usukapion. In der Praxis hat, so viel sich sehen lässt, die Exnersche Ansicht keinen Anklang gefunden, und auch von der Theorie ist sie nur vereinzelt [51]) adoptiert worden.

Ueber das constitutum possessorium und die traditio brevi manu, von welchen der § 428 handelt, ist wenig zu sagen. Sie sind nicht auf diejenigen beweglichen Sachen beschränkt, welche keine körperliche Uebergabe zulassen, alle beweglichen Sachen können vielmehr so übertragen werden [52]). Detention des bisherigen Besitzers ist zum constitutum nicht erforderlich [53]). Die blosse Traditionserklärung wird von der östreichischen Praxis nicht als Konstitut angesehen [54]).

---

[51]) So von Unger, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. X S. 252 flg.; Burckhard, System des östreich. Privatrechts. Teil III (Wien 1889) § 137 S. 45.

[52]) Oestreich. Gerichtshalle, Jahrg. 26 S. 287, Sammlung Bd. XIX No. 8696 S. 577.

[53]) Sammlung Bd. XVIII Nr. 8038, Bd. XXI No. 9502 S. 317, Centralbl. Bd. I No. 551 S. 736.

[54]) Vgl. Gerichtshalle Jahrg. XXXI S. 138, Centralbl. Bd. III No. 245 S. 462, Bd. V No. 97 S. 213, Sammlung Bd. XIX No. 8397 S. 212, Bd. XXIII No. 10756 S. 536.

Die Worte „auf eine erweisliche Art“ werden von den Gerichten stark betont. Es wird verlangt, dass die Konstitutserklärung in einer auch für Dritte erkennbaren Weise, also z. B. vor Zeugen, abgegeben werde[55]). Das geht doch wohl zu weit[56]). Es ist nur erforderlich, dass die Erklärung des bisherigen Besitzers in irgend einer Weise bewiesen werden könne; derjenige, der dies für selbstverständlich hält, wolle bedenken, dass damit zugleich gefordert wird, dass die Erklärung auch bewiesen werde, und sich erinnern, dass in der älteren romanistischen Doktrin auch die Ansicht vertreten wurde, das Konstitut sei zu präsumieren. Zur Faustpfandbestellung genügt das constitutum possessorium nicht. Von den drei Arten der Uebergabe, von welchen die §§ 426—428 handeln, sind nach §§ 451 und 452 nur die körperliche Uebergabe und diejenige durch Zeichen zur Faustpfandbestellung tauglich. Hiernach wäre eigentlich auch die traditio brevi manu auszuschliessen. Durch sie wird indessen dasselbe erreicht, wie durch die körperliche Uebergabe, allerdings nimmt hier der Pfandgläubiger die Sache nicht in seine Verwahrung, aber er behält sie in seiner Verwahrung, und damit ist dem Verpfänder ebenfalls die Möglichkeit genommen, über die Sache fernerweit zu verfügen, in ebenso hohem Maasse, wie durch die körperliche Uebergabe, und in weit höherem, als durch die symbolische[57]).

Die §§ 426—428 beziehen sich lediglich auf

---

[55]) Sammlung Bd. IV No. 1620 S. 174, Bd. XXIII No. 10756 S. 536, Centralbl. Bd. V No. 97 S. 213.

[56]) Dagegen auch Randa, Eigentumsrecht S. 293 Anm. 22.

[57]) Der vorgetragenen Ansicht sind Zeiller zu § 452, Stubenrauch Bd. II S. 24, vgl. auch die Entscheidung des ob. Gerichtshofes vom 20. 5. 1875 (Sammlung Bd. XIII No. 5730 S. 186). Nippel (Bd. III S. 463) hält auch das constitutum für ausreichend.

Mobilien. Unbewegliche Sachen können nur „durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung" (§ 312) in Besitz genommen werden[58]. Es genügt zur Besitzübertragung von Immobilien also namentlich nicht das constitutum possessorium.

Am wenigsten abhängig von der Doktrin des usus modernus ist das preussische Allgemeine Landrecht. Von seinem Vorläufer, dem Corpus juris Fridericiani, gilt dies allerdings noch nicht. Obgleich sich dasselbe ankündigt als ein „in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Landrecht", „worin das römische Recht in eine natürliche Ordnung" . . . gebracht, „die General-Principia, welche in der Vernunft gegründet sind, . . . festgesetzt", und „alle Subtilitäten und Fictiones ausgelassen" seien, so gibt es doch im wesentlichen lediglich die romanistische Doktrin der Zeit wieder[59] und hält namentlich auch an dem Begriffe der traditio ficta fest. Von der „Ueberlieferung (traditio)" wird im zweiten Teil Tit. 5 Art. 10 vom § 57 ab gehandelt. Sie wird definiert als ein „Actus zweier Personen, wodurch ein Ding oder Gut in des andern Gewalt und Gewahrsam überliefert wird", und eingeteilt in vera und ficta. Erstere wird bei beweglichen Sachen dadurch bewerkstelligt, dass „ein Ding wirklich und in der That einem andern in die Hände geliefert und solchergestalt in dessen Gewalt und Gewahrsam konstituiert wird", bei unbeweglichen dadurch, dass der Erwerber „in rem praesentem geführt und ihm solchergestalt das Gut übergeben wird". Von der ficta traditio wird gesagt: „Ficta traditio ist, wann ein Ding

---

[58]) Vgl. auch Nippel Bd. III S. 374, Sammlung Bd. XIV No. 6213 S. 283.

[59]) Vgl. auch Lenz, Studien und Kritiken im Gebiete des preussischen, römischen und deutschen Rechts (Greifsw. 1847), Abh. III S. 212.

nicht wirklich eingeliefert, sondern nur angewiesen wird." Es wird hier also ausdrücklich hervorgehoben, dass die Sache durch die ficta traditio nicht in die Gewalt oder Gewahrsam des Erwerbers kommt. Als Arten der traditio ficta werden genannt: 1. die „per fictionem longae manus" erfolgende, — das Zeigen eines Grundstücks —, 2. die „per fictionem brevis manus" erfolgende, — das Zeigen einer beweglichen Sache —, 3. das constitutum possessorium, als dessen Unterarten figurieren: Die traditio brevi manu, die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs oder der Miete, die Bestellung einer Hypothek „cum constituto possessorio", 4. die Tradition „per symbola". „Z. E. wann jemand etwas verkauft und nicht wirklich tradieret, der Käufer aber auf das verkaufte Gut sein Siegel drückt, wann der Verkäufer dem Käufer die Documenta des Hauses oder Guts oder die Schlüssel zum Hause einliefert, wann auch solches schon ausser dem Gesichte des Hauses geschieht." Die Vermögensvereinigung bei Eingehung der societas omnium bonorum wird als eine Eigentumsübertragung ohne Besitzübergang aufgefasst (§ 66).

Die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts über den Besitzerwerb sind die folgenden:

Nach § 3 in Verbindung mit § 1, I, 7 wird Besitzer derjenige, der „eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch andere in seine Gewahrsam nimmt", d. h. das „physische Vermögen" erlangt, „über die Sache mit Ausschliessung anderer zu verfügen". Dagegen sagt § 50: „Die äussere Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, wird im eigentlichen Verstande Besitzergreifung genannt", und § 51: „Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen." Offenbar wird hier eine erheblich weitere Begriffsbestimmung der

Apprehension gegeben, als in den §§ 1 und 3, indem Ausschliesslichkeit nicht gefordert wird[60]). Es beziehen sich diese Definitionen sowohl auf den einseitigen, wie auf den zweiseitigen Besitzerwerb. Der letztere erhält seine nähere Bestimmung durch den § 59, nach welchem die blosse Willenserklärung des bisherigen Besitzers hinreichend ist, den Besitz einer Sache zum Vorteil eines andern zu erledigen, insofern dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen. Der sogenannte erste Entwurf knüpfte an eine solche Willenserklärung die Wirkung der Besitzübertragung[61]). Die Aenderung wurde durch Suarez veranlasst, der bemerkte, dass hier doch wenigstens die Acceptation des neuen Besitzers hinzukommen müsse, einmal, weil nicht acceptierte Willenserklärungen immer revokabel seien, und dann, weil sonst gar kein Faktum der Besitzergreifung vorhanden sein würde. Daraufhin erging das Conclusum des Grosskanzlers v. Carmer: „Die blosse Willenserklärung ist zur Evakuation des Besitzes hinreichend, aber nicht zur Apprehension, alsdann muss ein factum von der anderen Seite hinzukommen", und der § 59 erhielt seine jetzige Fassung. Ueber den Mindestvorschlag Suarezs ist man damit hinausgegangen. Man hat nicht bloss der unacceptierten Willenserklärung, sondern der Willenserklärung überhaupt die Wirkung der Besitzübertragung abgesprochen, was in Praxis und Theorie auch fast einstimmig anerkannt wird[62]). Ein Fall, in welchem der Erwerber

---

[60]) Die Praxis ist bald der einen, bald der andern Begriffsbestimmung gefolgt. Der ersteren z. B. die Entscheidung des Ob.Tribunals vom 24. 3. 1854 (Striethorst's Arch. Bd. XII S. 281) und vom 4. 11. 1853 (das. Bd. IX S. 39).

[61]) Materialien (Zeitschr. f. wissenschaftl. Bearbeitung des preuss. Rechts. Herausg. von Simon und v. Strampff Bd. III Berl. 1836) S. 138.

[62]) Vgl. Cappell in Ulrich's neuem Arch. f. preuss. Recht

durch die blosse Willensäusserung des bisherigen Besitzers in den Stand gesetzt wird, über die Sache zu verfügen, ist der der Erklärung in re praesenti. Nur die Besitzerledigung wird hier bewirkt, nicht die Besitzübergabe [63]). Der Mund und die Augen sind nach preussischem Recht für den Besitzerwerb ohne Bedeutung [64]), die Hände oder die Füsse müssen gebraucht werden.

Ein solches Prinzip fordert aber Ausnahmen, und das Landrecht hat Ausnahmen auch gemacht in Gestalt der symbolischen Uebergabe, der Uebergabe durch Anweisung und der Uebergabe durch blosse Willensäusserung.

Ueber die erste disponieren die §§ 62—65. Die Zeichen können im allgemeinen willkürlich gewählt werden, doch „müssen dieselben von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, und von der anderen, denselben zu ergreifen, hinlänglich andeuten", und die symbolische Uebergabe muss ferner „von der Beschaffenheit sein, dass der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stehe". Als Beispiel wird die Schlüsselübergabe angeführt. Man hat die Ausnahmenatur dieser Vorschriften bestritten, dieselben für einen Ausfluss der allgemeinen Bestimmungen über den Besitzerwerb er-

---

und Verfahren, Jahrg. 4 S. 492 flg. und die Nachweisungen bei v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des Allg. Landrechts Bd. I (7. A. Berl. 1885) S. 375 flg. und bei Koch, Kommentar Bd. I S. 336 Anm. 37. A. A. nur Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I (4 A. 1884) S. 367 und Anm. 5 (§ 153).

[63]) So auch die Entscheidung des Ob.Tribunals vom 23. 6. 1857 (Strieth. Arch Bd. XXVI S. 71 flg.). Anders aber, wenn auch nur beiläufig, die Entscheidung vom 21. 12. 1866 (Strieth Bd. LXV S. 232) und die Entscheidung des Reichsgerichts (V. C.S.) vom 21. 6. 1889 (Bolze Bd. VIII S. 17).

[64]) So auch Koch, Kommentar S. 334 Anm. 31.

klärt [65]). Indessen mit Unrecht. Denn dass der Erwerber durch das Zeichen in den Stand gesetzt werde, die Sache selbst oder durch andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen, oder gar das physische Vermögen erhalte, über die Sache mit Ausschliessung anderer, insbesondere des Veräusserers, zu verfügen, wird nicht gefordert [66]). Durch die Einhändigung der Schlüssel z. B., selbst wenn sie vor dem Behältnisse übergeben werden [67]), erlangt er diese Möglichkeit nicht, er muss erst das Behältnis öffnen und die Sachen herausnehmen [68]). Es wird nur gefordert, dass die symbolische Uebergabe die der körperlichen Besitznehmung etwa entgegenstehenden Hindernisse aus dem Wege räume [69]). Wenn daher solche Hindernisse überhaupt nicht bestehen, oder vom Erwerber ohne weiteres zu beseitigen sind [70]), so

---

[65]) Siehe z. B. Koch, Lehre vom Besitz (2 A. Bresl. 1839) S. 133; Lenz S. 184 flg.; L. E. W. Schmidt in Gräff's Arch. Bd. I H. 3 S. 95; Gruchot, Glossen in seinen Beiträgen Bd. IV S. 476; Förster-Eccius, Theorie und Prax. des heut. gemeinen preuss. Privatrechts Bd. III (5 A. Berl. 1887) S. 47 und Anm. 62; Dernburg S. 364.

[66]) So allerdings die Klein'schen Materialien (S. 27) und der Kircheisen'sche Entwurf (S. 78).

[67]) Was aber vom Gesetze nicht gefordert wird (siehe darüber Bornemann, Systemat. Darstellung des preuss. Zivilrechts Bd. I Berl. 1834 § 87 S. 503 flg.). A. A. L. E. W. Schmidt a. a. O. S. 95; Heydemann, Einleitung (2 A. Leipz. 1859) S. 355 und Anm. 680.

[68]) Vgl. auch das Monitum, S. 239 der Materialien; Seeligsohn, Gruchot's Beiträge Bd. XXVI S. 606.

[69]) Ueber einen Fall, in welchem Hindernisse auch noch nach der symbolischen Tradition bestanden, und ein Besitzerwerb deshalb nicht anzunehmen war, vgl. Entscheidungen des Ob.Tribunals Bd. L S. 49 flg.

[70]) Vgl. Koch, Kommentar S. 337 Anm. 43; Förster-Eccius S. 39 (§ 160). Es ist daher richtig, auch das Anschlagen

genügt zur Besitzübertragung jedes den beiderseitigen Willen andeutende Zeichen. Offen liegende Grundstücke z. B. können hiernach tradiert werden sowohl durch Uebergabe der Legitimationspapiere des Veräusserers[71]) als auch durch Uebergabe der Veräusserungsurkunde, aus welcher der auf sofortigen Besitzübergang gerichtete Wille des bisherigen Besitzers erhellt. Das sicherste Zeichen wären natürlich Worte[72]), sie sind aber durch den § 59 ausgeschlossen.

Die zweite Ausnahme ist die Uebergabe durch Anweisung (§§ 66—68). Der Veräusserer besitzt hier durch einen Dritten, und dieser Dritte wird angewiesen, von jetzt an für den Erwerber zu detinieren. Mit der Annahme der Anweisung durch den letzteren geht der Besitz über. Doch beginnt die Verantwortlichkeit des Inhabers erst mit dessen Kenntnis von der Anweisung. Auch die Uebergabe durch Anweisung ist keine blosse Anwendung des im § 51 aufgestellten Prinzips[73]). Denn der Erwerber ist hier nur dann in den Stand gesetzt, die Sache durch den Detentor zu gebrauchen und darüber zu verfügen, wenn dieser der Anweisung gehorcht, was zum Besitzerwerbe des neuen Besitzers nicht erforderlich ist. Die Tradition durch Anweisung ist der romanistischen Doktrin der Zeit nicht entnommen[74]), die

---

der Bäume mit dem Forsthammer als eine genügende symbolische Tradition anzusehen (vgl. über diese Frage die Nachweisungen bei v. Rönne S. 377). Denn wenn der körperlichen Besitzergreifung hier auch die Verbindung mit dem Boden entgegensteht, so lässt sich dieses Hindernis doch mit leichter Mühe beseitigen.

[71]) Entsch. des Ob.Tribunals vom 12. 2. 1864 (Strieth. Bd. LII S. 248).

[72]) Vgl. auch das Monitum, Mat. S. 240 und Heydemann S. 354 Anm. 678.

[73]) A. A. Lenz S. 209; Gruchot, Glossen S. 484.

[74]) So auch Lenz S. 195.

Romanisten wissen von einer solchen Uebergabe nichts. Ihre Quelle dürfte Christian Wolf sein[75]. Dass in fremder Detention befindliche Sachen nur auf diese Weise übereignet werden können, geht aus den Worten des Gesetzes nicht hervor[76].

Die Uebergabe kann endlich auch „durch blosse Willensäusserung" erfolgen. Es geschieht dies entweder durch die traditio brevi manu (§ 70) oder durch das constitutum possessorium (§§ 71—73). Letzteres wird so beschrieben: „Auch alsdann ist die Uebergabe des Besitzes für vollzogen zu achten, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen andern in seiner Gewahrsam zu halten, rechtsgültig[77] erklärt hat." Als Beispiele dieser Art des Besitzüberganges werden die Veräusserung unter Niessbrauchsvorbehalt und die Miete der eigenen Sache genannt. Durch die Annahme eines stillschweigenden Konstituts erklärt das Obertribunal[78] ferner den der l. 1 § 1 D. pr. soc. nachgebildeten § 198, I, 17: „Der zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts zusammengetragene Fonds ist von der Zeit des geschlossenen Vertrages an als gemeinschaftliches Eigentum anzusehen." Notwendig

---

[75]) Vgl. oben S. 237.

[76]) So auch die Entscheidung des Ober-Tribunals vom 16. 1. 1871 (Strieth. Bd. LXXX S. 221 flg.). Bedenklich aber die Entscheidung vom 27. 10. 1862 (Entsch. Bd. XLVIII S. 13), die verlangt, dass der Konstituent nicht bloss den Besitz, sondern auch den Gewahrsam der Sache habe, also das constitutum von Sachen, die sich in fremder Detention befinden, ausschliesst.

[77]) Ueber die Frage nach der Bedeutung dieses Ausdrucks und der Worte „auf rechtsbeständige Weise" im § 70 siehe die Zusammenstellung bei v. Rönne S. 380, 381.

[78]) Entsch. vom 23. 10. 1863 (Strieth. Bd. LI S. 161), ebenso Koch, Besitz S. 183.

ist eine causa detentionis zur Rechtsgültigkeit des Konstituts aber nicht. Auch die abstrakte Konstitutserklärung überträgt den Besitz. Die entgegengesetzte Ansicht, welche in der Entscheidung des ersten Zivilsenats des Reichsgerichts vom 1. Juni 1889 [79]), vielleicht auch in der des vierten Zivilsenats vom 2. Dezember 1886 [80]), sowie von Förster-Eccius [81]) und Rehbein [82]) vertreten wird, entbehrt jeder Begründung. Das Landrecht ist doch vor Exner und Windscheid, den Begründern der Theorie von der causa detentionis, verfasst worden. Zur Zeit der Entstehung des Landrechts dachte niemand daran, das abstrakte Konstitut zu verwerfen; wie wir gesehen haben, war dieses sogar das regelmässige. Ebenso verkehrt ist es, das Konstitut auf den Fall zu beschränken, dass der bisherige Besitzer zugleich die Detention hat [83]). Dass das Landrecht von der ganz übereinstimmenden Doktrin seiner Zeit hat abweichen wolleu, kann aus dem Gebrauche des Wortes „Gewahrsam" im § 71 nicht geschlossen werden. Das Landrecht kennt auch eine Gewahrsam durch andere (§ 3 „unmittelbar oder durch andere in seine Gewahrsam nimmt") [84]). Besitzer muss der Konstituent aber sein, ein Konstitut des blossen Detentors überträgt den Besitz nicht [85]).

---

[79]) Entsch. Bd. XXIV S. 311.

[80]) Bolze Bd. IV S. 16.

[81]) Bd. III S. 51 (§ 160) und Anm. 76.

[82]) Entsch. des Ob.Tribunals Bd. I S. 645 Anm.

[83]) Vgl. das schon (Anm. 76) erwähnte Ob.Tribunals-Erkenntnis vom 27. 10. 1862 (Entsch. Bd. XLVIII S. 13). Gegen dasselbe Förster-Eccius Bd. I S. 50 Anm. 71.

[84]) Vgl. auch Grävell, Die Lehre vom Besitz und von der Verjährung nach preuss. Recht (Halle 1820), Anm. 1 zu § 2, S. 2.

[85]) So auch die Entsch. des Reichsgerichts vom 17. 6. 1880 (Gruchot's Beiträge Bd. XXV S. 718). Vgl. auch Förster-Eccius S. 45 Anm. 57.

Die drei unkörperlichen Traditionsarten stehen nun aber der körperlichen Tradition nicht durchaus gleich. Nach § 74 soll vielmehr, wenn eine Sache mehrfach übergeben worden, derjenige, welchem sie körperlich tradiert ist, in Ansehung der aus dem Besitz entspringenden Rechte den Vorzug vor dem haben, an welchen die Uebergabe bloss durch Anweisung oder durch Zeichen erfolgt ist. Das constitutum wird nicht erwähnt, deshalb ist es bestritten, ob der körperliche Erwerber auch dem Konstitutar vorgehe. Doch ist dies unbedenklich anzunehmen[86]. Der „Uebergabe durch blosse Willensäusserung" geschieht nur deswegen im § 74 keine Erwähnung, weil sie von den Redaktoren des Landrechts — in Betracht kommen hier Gossler und Suarez — als eine Spezies der traditio symbolica behandelt wurde[87]. Die von der Uebergabe durch blosse Willensäusserung handelnden Paragraphen standen zuerst hinter den die Kollision regelnden. Das Motiv zur Umstellung war eben die Auffassung als symbolische Tradition. Wenn man aber die Ansichten der Redaktoren nicht für massgebend erachten will, so verdient doch jedenfalls die damalige Doktrin Berücksichtigung, die zwar das constitutum nicht als traditio symbolica bezeichnet hat, aber andererseits weit davon entfernt gewesen ist, diese Art der traditio ficta vor der traditio symbolica zu begünstigen; und in der Tat ist der Erwerb durch Konstitut

[86]) So auch die Entsch. des Ob.Tribunals vom 13. 10. 1862 (Strieth. Bd. XLVIII S. 21) und vom 15. 11. 1878 (Strieth. Bd. C S. 305 flg., Entsch. Bd. LXXXIII S. 1 flg.). Dagegen der 5. C.S. des Reichsgerichts (Entsch. vom 20. 12. 1879, Entsch. Bd. I S. 131 flg.), Förster-Eccius S. 50 Anm. 71, Dernburg S. 366 Anm. 13, Grävell zu § 74, S. 29.

[87]) Materialien S. 244, 247.

denn doch noch ein ganzes Teil unkörperlicher als derjenige durch Zeichen, zumal als der preussische Erwerb durch Zeichen. Leyser, der wohl als die Quelle dieser von der damaligen herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin abweichenden Bestimmung des Landrechts anzusehen ist, hatte ebenfalls zwischen den einzelnen Arten der traditio ficta nicht unterschieden[88]).

Auch bei der Faustpfandbestellung sind die unkörperlichen Uebergaben hinter der körperlichen zurückgesetzt. Schon das Corpus juris Fridericiani hatte Teil IV, Tit. 12 § 46 bestimmt, dass denjenigen, welche zur Sicherheit ihrer Forderung von dem Schuldner ein handhabendes Pfand erhalten, das damit verbundene Vorzugsrecht der zweiten Klasse bei entstehendem Konkurs nur insofern zu statten kommen solle, als sich das Pfand zur Zeit der Konkurseröffnung noch in ihrem Gewahrsam oder auf ihre Veranlassung in gerichtlichem Deposito befinde[89]). Dem entsprechend verordnet das Landrecht (§§ 104, 105 I, 20):

> Die Uebergabe des Pfandes muss in der Regel so geschehen, dass die Sache in die körperliche Gewahrsam des Gläubigers wirklich gelange und darin verbleibe. Wird die Sache in der Naturalgewahrsam des Schuldners gelassen oder darin zurückgegeben, damit er sie im Namen des Gläubigers besitzen solle, so ist kein Pfandrecht vorhanden.

Damit ist das constitutum possessorium und die

---

[88]) Siehe oben S. 230 flg.

[89]) Vgl. die Deklaration, wie es mit den Verpfändungen von Schiffen, auch andern beweglichen Sachen und Waren gehalten werden soll, vom 16. 7. 1785 (N. C. C. VII S. 3148 flg.).

Uebergabe durch Anweisung ausgeschlossen, während einer Faustpfandbestellung durch traditio brevi manu nichts im Wege steht. Gestattet ist aber auch eine symbolische Uebergabe, freilich nur unter gewissen Voraussetzungen. Einmal in Bezug auf das Objekt. Es muss sich um solche Sachen handeln, die entweder ihrer Natur nach keine körperliche Uebergabe zulassen, oder von deren körperlicher Uebergabe die Gesetze ausdrücklich dispensieren (§ 271, I, 20). Dann in Bezug auf die Form der Verpfändung. Es ist erforderlich: 1. eine schriftliche Verpfändungserklärung, 2. eine symbolische Uebergabe, 3. solche Massregeln, „dass kein Dritter ohne eigenes grobes Versehen verleitet werden kann, zu glauben, als ob dem Verpfänder über die Sache und deren Besitz annoch die freie Disposition zustehe" (§§ 273, 274). Ist eine der beiden ersten Formvorschriften nicht gewahrt, so entsteht kein Pfandrecht. Die Vernachlässigung der dritten hat nur die Wirkung, dass sich der Pfandgläubiger solchen Personen gegenüber, die redlicherweise zum Naturalbesitze der Sache gelangt sind, auf sein Pfandrecht nicht berufen kann, und dass er denjenigen, die sich nur erst in Verhandlungen mit dem Verpfänder eingelassen haben, subsidiär nach diesem schadensersatzpflichtig ist (§§ 275—277)[90]. Eine Reihe von Gegenständen, die symbolisch verpfändet werden können, führt das Gesetz selber auf, nämlich ausstehende Forderungen, Seeschiffe, Kaufmanns-, eingehende und ausgehende Waren; andere, bei denen die Voraussetzungen des § 271 zutreffen, sind damit nicht

---

[90]) Vgl. auch das Ob.Tribunals-Erkenntn. vom 20. 2. 1865 (Entsch. Bd. LIII S. 20 flg.) und R. Koch in Behrend's Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen Bd. V S. 353.

ausgeschlossen [91]). Der Verpfändungsmodus wird bei den einzelnen Objekten ausdrücklich angegeben, die Wahl der Zeichen ist den Parteien hier nicht überlassen. „Dass der körperlichen Besitznehmung ferner nichts im Wege stehe", wird nicht verlangt [92]); in der Mehrzahl der vom Gesetze als ausreichende symbolische Uebergabe aufgeführten Thatbestände ist eine körperliche Apprehension unmöglich. Die Zeichen sind: Uebergabe von Urkunden, Aushändigung der Schlüssel, Signation. Entnommen sind die Vorschriften über die symbolische Verpfändung fast wörtlich der Deklaration vom 16. Juli 1785 [93]).

Hiernach hat auch das preussische Recht an den Besitzerwerb durch Uebergabe nicht dieselben Anforderungen gestellt, wie an die einseitige Besitznehmung, es hat einen Besitzübergang auch in Fällen angenommen, in welchen der Erwerber weder das physische Vermögen erlangt, über die Sache mit Ausschliessung anderer zu verfügen, noch auch nur in den Stand gesetzt wird, die Sache zu gebrauchen und darüber zu verfügen. Auch das preussische Recht hat indessen die blosse Traditionserklärung nicht an die Stelle der Tradition treten lassen.

---

[91]) Vgl. die Entsch. des Ob.Tribunals vom 19. 9. 1846 (Entsch. Bd. XIII S. 248 flg.) und des Reichsoberhandelsgerichts vom 9. 12. 1878 (Wallmann's deutsche Juristenzeitung Bd. III S. 175); Lenz S. 219.

[92]) So anscheinend auch die Entsch. des Ob.Tribunals vom 20. 2. 1865 (Anwaltszeitung 1865 Sp. 600); a. A. Koch, Lehre vom Besitz S. 134, R. Koch, Anwaltszeitung 1864 S. 226.

[93]) Vgl. Suarez, Schlussvorträge (v. Kamptz's Jahrbücher für die preuss. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung Bd. XLI S. 60).

Dass die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts über den Besitzerwerb sehr lichtvoll und konsequent sind, lässt sich nicht behaupten. Die ersten Entwürfe waren weit klarer und folgerichtiger. Man hat gar zu viel an ihnen herumgedoktort, und das ist für ein Gesetzgebungswerk nicht immer gut.

Buch III.

Das geltende gemeine Recht und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Durch die bisherigen Untersuchungen ist die Grundlage für die Feststellung des heutigen römischen Rechts gelegt. Das heutige römische Recht ist die heutige gemeinrechtliche Praxis. Aber diese Praxis ist oft zwiespältig, eine naturgemässe Folge der Zerrissenheit unserer heutigen romanistischen Theorie. Wollte man lediglich auf Grund der heutigen gemeinrechtlichen Praxis das geltende gemeine Recht darstellen, so würde man auf die allermeisten Fragen keine Antwort erhalten. Aushilfe gewährt die Kenntnis des älteren gemeinen Rechts. Bei zwiespältiger heutiger Praxis ist auf das ältere gemeine Recht zurückzugehen, und derjenigen in der Praxis vertretenen Ansicht, welche mit diesem übereinstimmt, der Vorzug zu geben, sie als geltendes gemeines Recht zu proklamieren.

§ 1.

Definitionen der Apprehension in der heutigen gemeinrechtlichen Praxis.

In einer grossen Anzahl der gedruckt vorliegenden Urteile wird ausdrücklich angegeben, welcher Apprehensionsbegriff der Entscheidung zu Grunde gelegen hat. Es ist dies nur selten der Savigny'sche. „Die physische Möglichkeit, auf die zu erwerbende Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschliessen“, kommt, so viel sich sehen lässt, nur in einer

von Hufnagel mitgeteilten württembergischen Entscheidung von 1834 [1]) und in einem Urteile des Oberappellationsgerichts Lübeck von 1847 [2]) vor. Dieser Begriffsbestimmung entspricht es, wenn das Appellationsgericht Dresden in einem Erkenntnis von 1835 [3]) ausführt, dass durch die Schlüsselübergabe der Besitz der eingeschlossenen Gegenstände nur insofern und nur in dem Sinne übertragen werde, „als dadurch der andere in den Stand gesetzt wird, nicht nur in jedem Augenblicke die Sache selbst zu ergreifen, sondern auch jeden anderen von dem Zugange zu der Sache auszuschliessen.“ Gemeinhin wird dagegen Besitzerwerb auch in Fällen angenommen, in denen der Erwerber nicht die Möglichkeit erlangt hat, fremde Einwirkungen, insbesondere die des bisherigen Besitzers, von der Sache fernzuhalten. In einer vor sächsischen Gerichten in drei Instanzen verhandelten Sache wurde seitens der einen Partei angeführt, es seien dem Gegner nur die Schlüssel zu der einen Thür des Vorratsraumes, in welchem das Kaufobjekt lagerte, eingehändigt worden, während dieser Raum noch anderweite Zugänge gehabt habe. Das Appellationsgericht Dresden erachtete in der Entscheidung vom 9. Juli 1863 [4]) diese Behauptung für unerheblich, „weil die rechtliche Wirkung dieser Art von Uebergabe auf der sich dadurch zu erkennen gebenden Willenserklärung in Verbindung mit der dem Empfänger zugleich verschafften Möglichkeit der sofortigen körperlichen Apprehension

---

[1]) v. Hufnagel. Mitteilungen aus der Praxis der württembergischen Zivilgerichte. N. F. (Reutl. und Leipz. 1848) No. 16 S. 62 flg.

[2]) C. A. F. Bruhn, Sammlung von Entsch. des O.A.G. zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen Bd. II (Lüb. 1858) No. 70 S. 531.

[3]) Wochenbl. f. merkwürdige Rechtsfälle 1843 St. 34 No. 93 S. 270.

[4]) Das. 1864 St. 19 No. 31 S. 151 flg.

oder sonstigen Einwirkung auf die Sache beruht, deren rechtliche Folgen aber durch Thatsachen der vom Beklagten angeführten Art, aus welchen sich lediglich die Möglichkeit ergeben würde, dass auch noch die Einwirkung eines Dritten auf die übergebene Sache eintreten könne, offenbar nicht aufgehoben werden." Das Oberappellationsgericht schloss sich diesen Ausführungen an: „Nicht gerechtfertigt ist der Satz des Beklagten, dass die Besitzübertragung einer Sache, wenn solche sich in dem Besitz und der Detention eines andern befand, nur dann für geschehen erachtet werden kann, wenn der neue Erwerber diese Sache nicht bloss in seine Macht bekommt, sondern insbesondere dem früheren Besitzer die Möglichkeit der Disposition über dieselbe entzogen wird." Das Oberappellationsgericht bezieht sich hierbei auf das constitutum possessorium und auf die l. 79 D. d. solut. Freilich war dies nicht immer die Ansicht des sächsischen obersten Gerichtshofes gewesen. Wenigstens wird in einem Urteile vom 7. März 1849[5]) die Tradition als eine Handlung charakterisiert, „wodurch der bisherige Besitzer ausser und sein Nachfolger in den Stand gesetzt wird, physisch auf die Sache einzuwirken und darüber zu verfügen." Das Appellationsgericht Celle[6]) fordert zum Besitzerwerbe „die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit einer Ausübung der physischen Herrschaft", ein sächsisches Bezirksgericht[7]): dass der Erwerber in ein solches Verhältnis zu dem Besitzobjekte trete, dass er „durch körperliche Macht sofort beliebig auf dasselbe einwirken kann". Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 7. De-

---

[5]) Das. 1849 St. 63 No. 139 S. 497 flg.

[6]) Entsch. vom 28. 5. 1878 (Seuffert's Archiv Bd. XXXIV No. 13 S. 18 flg.).

[7]) Entsch. vom 23. 7. 1863 (Wochenbl. 1864, St. 19 No. 31 S. 151 flg.).

zember 1882[8]) verlangt, dass der Erwerber in die Lage versetzt werde, tatsächlich unbeschränkt über die Sache verfügen zu können. In einem Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Cassel vom 27. Oktober 1827[9]) heisst es: „Die Tradition erfordert nicht notwendig ein wirkliches Hingeben und Ergreifen der Sache, sondern sie kann auch in jeder andern Handlung bestehen, wodurch mit Einwilligung des Tradenten der Erwerbende in den Besitz, d. h. in ein solches faktisches Verhältnis oder die physische Möglichkeit gesetzt wird, um nach Willkür auf die Sache einwirken zu können.“ Ein Urteil des Appellationsgerichts Dresden von 1848[10]) legt das entscheidende Gewicht auf „die Möglichkeit einer rechtmässigen physischen Einwirkung auf die zu übergebende Sache“. Das Erkenntnis des sächsischen Oberappellationsgerichts vom 22. März 1844[11]) begnügt sich damit, dass der Erwerber in den Stand gesetzt wird, über das veräusserte Objekt zu verfügen.

In einer ganzen Reihe von Entscheidungen wird gefordert: Gewalt[12]), tatsächliche Gewalt[13]), Herrschaft[14]), tatsächliche Herrschaft[15]), körperliche Herr-

---

[8]) Württemb. Archiv für Recht und Rechtsverwaltung. Herausg. von Kübel und Sarwey Bd. XXIII S. 144 flg.

[9]) O. L. Heuser, Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen Bd. I.

[10]) Wochenbl. 1849 S. 497 flg.

[11]) Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. V S. 95 flg.

[12]) Entsch. des O.A.G. Dresden (Wochenbl. 1850 St. 7 S. 49).

[13]) Entsch. des O.L.G. Stuttgart vom 7. 12. 1882 (an dem in Anm. 8 angegebenen Orte).

[14]) Entsch. des oberst. Landesgerichts für Bayern vom 17. 11. 1879 (Blätter für Rechtsanwendung. N. F. Bd. XXV S. 36, Sammlung Bd. VIII No. 30 S. 76).

[15]) Entsch. des O.L.G. Rostock vom 23. 6. 1882 (Mecklenburg. Zeitschr. für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. III S. 154), und des O.L.G. Kiel vom 17. 12. 1883 (Seuffert's Arch. Bd. XXXIX No. 190 S. 271 flg.).

schaft [16]), natürliche Herrschaft [17]), physische Herrschaft [18]).

Die Jheringsche Definition des Besitzes und Besitzerwerbes wird nur in einer gedruckt vorliegenden Entscheidung, einem Erkenntnisse des Oberlandesgerichts Kiel [19]) und auch hier nur sehr beiläufig erwähnt.

Man sieht, die Definitionen, welche die heutige gemeinrechtliche Praxis von der Apprehension giebt, sind recht mannigfaltig und würden zu recht verschiedenen Konsequenzen führen. Es wird aber ohne weiteres zugegeben werden, dass es auf diese Begriffsbestimmungen überall nicht ankommt, dass massgebend allein die Entscheidung selber ist, dass man zusehen muss, in welchen Tatbeständen von der Praxis eine Tradition gefunden wird.

§ 2.

Tatbestände der Tradition in der heutigen gemeinrechtlichen Praxis.

I. Die Traditionserklärung.

In einigen Entscheidungen wird die blosse acceptierte Traditionserklärung für ausreichend zum Besitzübergange erachtet. Es handelt sich durchweg um die Veräusserung von Grundstücken.

In einer vor den Frankfurter Gerichten verhandelten

---

[16]) Entsch. des O.L.G. Frankfurt a. M. vom 25. 5. 1881 (Rundschau der juristischen Gesellsch. 1881 S. 244).

[17]) Entsch. des Kreisgerichts Ulm vom 23. 3. 1875 (Württemb. Gerichtsblatt, herausg. von Kübel, Bd. XV S. 399).

[18]) Entsch. des Hofgerichts Dillenburg, bestätigt durch O.A.G. Wiesbaden (1859) (Arch. f. die Praxis des im Herzogtum Nassau geltenden Rechts Bd. III S. 253), des O.A.G. Darmstadt (Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft. N. F. Bd. VI S. 171 flg.).

[19]) Vgl. Anm. 15.

Sache [20]) hiess es in dem über die Veräusserung aufgenommenen Instrumente: „Besitz und Eigentum der verkauften Liegenschaft werden den Käufern hiermit übergeben." Das Landgericht Frankfurt verneinte den Besitzübergang, das Oberlandesgericht war entgegengesetzter Ansicht, es hielt den Besitz- und Eigentumsübergang für erwiesen, indem es zugleich bemerkte: „Ganz mit Recht haben die Appellanten in dieser Instanz auch noch hervorgehoben, dass die hiesige Transskriptions- und Hypothekenbehörde seit ihrem Bestehen kein Bedenken getragen hat, auf Grund solcher Erklärungen, wie der hier vorliegenden, wenn zugleich im Hauptkaufbriefe die Befriedigung des Verkäufers für den Kaufpreis beurkundet war, die Ueberschreibung der Liegenschaft auf den Käufer vorzunehmen, und dass demnach diese Behörde eine derartige Erklärung als zum Beweise des Besitz- und Eigentumsüberganges stets als genügend anerkannt hat." In einem kurz darauf von denselben Gerichten entschiedenen Fall [21]) waren die Rollen vertauscht: das Landgericht nahm hier Besitzübergang an, das Oberlandesgericht verneinte ihn. Die Erklärung des Veräusserers lautete hier, dass er den Erwerbern die Liegenschaften übergeben habe und ihnen dieselben hiermit zu ihrem Eigentum und in ihren Besitz übergebe. An dieser Stelle zu erwähnen ist weiter eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts Wiesbaden vom 15. Juli 1840 [22]), in welcher die römische Tradition bezeichnet wird „als eine ernstliche, unter Hinweisung auf die näher oder entfernter befindliche Sache abgelegte Erklärung des Besitzers, dass er dieselbe nun als Eigentum des gegenwärtigen Mitkontrahenten betrachtet

[20]) Rundschau 1881 S. 19. Die Entscheidung des O.L.G. ist vom 3. 7. 1880.

[21]) Das. S. 237 flg.

[22]) Christ. Flach, Entsch. des Herzoglich-Nassauischen O.A.G. zu Wiesbaden Teil I (Giess. 1842) No. 3 S. 24.

wissen wolle (§ 40 I. d. R. D. 2, 1)", und in welcher ausgeführt wird, dass nicht abzusehen sei, „wie eine solche Erklärung auf eine unzweideutigere Art abgelegt werden kann, als wenn die Kontrahenten vor der zur Aufnahme solcher Akte angeordneten Behörde, in deren Sprengel das zu tradierende Immobile gelegen ist, erscheinen und auf gerichtliche Ausfertigung eines die eigentümliche Uebertragung desselben bezweckenden Vertrags und folgeweise Transskription in dem Lagerbuche antragen." Ein bei Hufnagel[23]) mitgeteiltes Urteil eines württembergischen Zivilgerichts sieht zwar einen Besitzübergang vertauschter Grundstücke als erfolgt an, obgleich die Traditionserklärungen nicht angesichts derselben erfolgt waren, rechtfertigt diese Entscheidung indessen damit, dass „gewiss mit der Erklärung der gegenseitigen Ueberlieferung der Güterstücke bei beiden Parteien die Möglichkeit vorhanden war, auf die ihnen wohl bekannten und in ihrer Nähe, wenn auch nicht in ihrem Gesichtskreise befindlichen Güter sogleich und unmittelbar einzuwirken." Zum Schlusse heisst es: „Hätte aber auch je nicht nach römischen Rechtsbegriffen, so hat doch nach dem in Württemberg wenigstens unter den Landleuten üblichen Gebrauche eine solche Uebergabe stattgefunden; denn wer wollte es leugnen, dass bei den Güterhändeln der Landleute, zumal wenn sie unter Einwohnern desselben Orts vorkommen und auf der Ortsmarkung gelegene Güter betreffen, selten oder nie die Uebergabe so förmlich behandelt wird, dass hierbei ein besonderes Einführen in das zu übergebende Gut oder auch nur ein besonderes Zeigen desselben stattfindet." Ebenfalls um eine nicht in unmittelbarer Nähe des veräusserten Grundstücks erfolgte Traditionserklärung handelte es sich in einer hannoverschen Sache[24]). Das

---

[23]) No. 16 S. 62 flg.

[24]) Seuffert's Arch. Bd. XXXIV No. 13 S. 18 ffg.

Obergericht Hannover nahm an, der Besitz sei übergegangen, „weil zur Besitzerlangung ebenso wenig wie zur Fortsetzung des Besitzes die stete körperliche Anwesenheit bei dem Grundstücke oder die unmittelbare Nähe desselben notwendig sei, vielmehr der Regel nach wenigstens zur Tradition unbebauter, an dem Orte der Uebertragung liegender Grundstücke als genügend gelten müsse, dass der Tradent seine bezügliche Erklärung dem Erwerber unmittelbar mündlich ausspreche und dadurch das einzige Hindernis des Besitzerwerbs des Empfängers, nämlich den bisherigen Besitz des Tradenten beseitige." Durch Urteil des Appellationsgerichts Celle vom 28. Mai 1878 wurden diese Ausführungen indessen reprobiert [25]).

Die Entscheidungen, welche der blossen Traditionserklärung die Wirkung der Tradition absprechen, sind aber freilich weit zahlreicher. Folgende sind mir bekannt geworden: Oberappellationsgericht Cassel vom 27. Oktober 1827 [26]), Appellationsgericht Dresden von 1835 [27]) und 1846 [28]), Oberappellationsgericht Lübeck vom 25. November 1841 [29]), Oberappellationsgericht Jena vom 1. Dezember 1853 [30]), Appellationsgericht Zwickau von 1854 oder 1855 [31]), Obergericht Wolfenbüttel vom

[25]) Ein drittes Erkenntnis, welches nicht verlangt, dass sich das zu tradierende Grundstück im Gesichtskreise des Erwerbers befinde, ist das des O.A.G. Dresden vom Februar 1857 (Seuffert's Arch. Bd. XII No. 5 S. 5); doch soll sich der Erwerber dem Grundstück so nahe befinden, „dass er zu jeder Zeit zu demselben gelangen und auf dasselbe einwirken kann".

[26]) Heuser Bd. I.

[27]) Wochenbl. 1843 S. 269.

[28]) Das. 1850 S. 332.

[29]) Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungsgründen des O.A.G. zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen. N. F. Bd. I Abt. I (Hamb. 1855) S. 138 flg.

[30]) Seuffert's Arch. Bd. XIII No. 296 S. 429.

[31]) G. M. Kletke, Zeitschr. für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe aller deutschen Staaten. Jahrg. I S. 279 flg.

14. November 1860[32]), Appellationsgericht Leipzig vom Juli 1861[33]), Oberappellationsgericht München vom 14. April 1871[34]), Appellationsgericht Eisenach[35]), Reichsgericht vom 30. März 1881[36]). Die Erklärungen, die vorlagen, waren verschieden gefasst: der veräusserte Gegenstand solle hiermit tradiert sein, solle kraft dieser Urkunde förmlich extradiert und überwiesen sein, der Erwerber komme sogleich in Besitz, der Veräusserer verkaufe und überlasse, der Veräusserer übergebe dem Erwerber das Kaufobjekt zu seinem wahren Eigentum und setze ihn in den wirklichen, ruhigen Besitz desselben, dem Erwerber werde Besitz und Eigentum des Gegenstandes hiermit eingeräumt und übertragen etc. Allegiert wird fast überall die l. 48 D. h. t., diejenige Stelle, welche mehr als irgend eine andere die Entwickelung der Traditionslehre gehemmt hat. In der Mehrzahl der entschiedenen Fälle fehlte es übrigens auch an dem Willen, sofort mit der Traditionserklärung Eigentum zu übertragen und zu empfangen.

II. Das abstrakte constitutum possessorium.

Bis vor zehn Jahren wurde in der deutschen gemeinrechtlichen Praxis dem abstrakten Konstitut ganz allgemein die Wirkung der Tradition beigelegt. Die in Betracht kommenden Entscheidungen sind die folgenden:

Das bereits erwähnte Urteil des Oberappellationsgerichts Cassel vom 27. Oktober 1827[26]) führt aus, dass ein constitutum possessorium nur dann anzunehmen sei, „wenn der Veräussernde entweder ausdrücklich

---

[32]) Seuffert's Arch. Bd. XXIX No. 211 S. 330.

[33]) Wochenbl. 1863 S. 148.

[34]) Blätter für Rechtsanwendung Bd. XXXVII S. 253.

[35]) Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. N. F. Bd. II S. 290.

[36]) Frankfurter Rundschau 1881 S. 146.

erklärt, dass er den Besitz der Sachen nur im Namen des andern Kontrahenten oder für denselben einstweilen fortsetze (verwalte) oder wenn solches sich als notwendige Folge einer Handlung (eines anderen Rechtsgeschäfts) darstellt, wenn z. B. der Donator oder Verkäufer sich den Niessbrauch an der veräusserten Sache vorbehält oder dieselbe mietet". Ein stillschweigendes abstraktes Konstitut scheint das Oberappellationsgericht hiernach nicht anzuerkennen. Dagegen sah das Obergericht Hamburg [37]) ein Konstitut in der Uebergabe des Kaufbriefes, in welchem gesagt war, „der Verkäufer überliefere das Schiff hierdurch eigentümlich" an den Erwerber, und das Appellationsgericht Celle [38]) in der Bescheinigung eines Schiffsbaumeisters, dass der Besteller eines in Bau befindlichen Schiffes „das Eigentumsrecht an demselben habe". Bekannt ist die Entscheidung des Oberappellationsgerichts Rostock vom 27. Januar 1845 [39]), welche die Uebereignung durch Konnossementsübergabe als ein constitutum possessorium charakterisiert. Ein Urteil des Appellationsgerichts Zwickau vom 20. Oktober 1847 [40]) bemerkt: „Zwar wird ein constitutum in der Regel nicht angenommen, aber einer ausdrücklichen Erklärung bedarf es hierzu nicht, sondern es wird angenommen, wenn sein Dasein aus einer andern Handlung folgt." In dem in derselben Sache ergangenen Oberappellationsgerichtserkenntnisse wird gesagt: „Wie übrigens die fernere Benutzung und Innehabung des Grundstücks zwischen den Kontrahenten geregelt worden ist, . . . ist gleichgültig, dafern nur darüber Gewissheit erlangt ist, dass der Verkäufer auf Grund jenes

---

[37]) Urteil vom 20. 12. 1839 (Hamburger Sammlung. N. F. Bd. I Abt. 1 S. 138).

[38]) Entsch. vom 7. 11. 1844 (Juristische Zeitschr. f. d. Königreich Hannover. Herausg. von E. Schlüter, 25. Jahrg. S. 411 flg.).

[39]) Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. IX S. 489 flg.

[40]) Wochenbl. 1850 St. 6, 7 S. 41 flg.

Vertrags nur noch im Namen des Käufers den Besitz ausgeübt und für ihn besessen. Es ergibt sich dieses Verhältnis recht deutlich aus § 1 des Vertrags, in welchem die Aufhebung desselben lediglich in die Willkür des Käufers gestellt worden.“ In einer Entscheidung des Hofgerichts Wiesbaden vom Jahre 1855[41]) heisst es, das constitutum possessorium werde nicht vermutet, es setze vielmehr entweder einen ausdrücklich abgeschlossenen Vertrag oder solche Handlungen voraus, aus welchen mit Notwendigkeit folge, dass der Verkäufer nach Abschluss des Kaufes die Sache nicht mehr in eigenem Namen, sondern auf den Namen des Käufers besitzen wolle. Zur Begründung des Eigentumsanspruches, den das Hofgericht hier verwirft, hatte der Eigentumsprätendent angeführt: „Da er zur Zeit des Kaufes noch keine eigene Haushaltung gehabt, so habe er die Verkäufer noch im Besitze der fraglichen Mobilien gelassen, die Verkäufer hätten die Tradition der Mobilien sowohl durch Uebergabe der Verkaufsurkunde, als auch dadurch vollzogen, dass sie den Besitz namens seiner und für ihn ausgeübt hätten.“ In dem Erkenntnisse eines sächsischen Bezirksgerichts vom 23. Juli 1863[42]) findet sich der Satz: „Es kann der Besitz auch durch blossen Willen, durch das sogenannte constitutum possessorium übertragen werden, vermöge dessen der bisherige Besitzer infolge Vertrags mit einem andern im Namen desselben zu besitzen fortfährt. Hier genügt die blosse gegenseitige Erklärung zur Uebertragung des Besitzes, es besitzt hier Verkäufer im Namen des Käufers.“ In einer Entscheidung des sächsischen Oberappellationsgerichts vom 4. November 1864[43]) heisst

---

[41]) Arch. für die Prax. des im Herzogtum Nassau geltenden Rechts Bd. V S. 244 flg.

[42]) Wochenbl. 1864 St. 19 No. 31 S. 151 flg.

[43]) Annalen des Kgl. Sächs. O.A.G. zu Dresden. N. F. Bd. I S. 29 flg.

es: „Von der Regel, dass das Eigentum nicht durch blossen Vertrag, sondern durch Uebergabe zu übertragen sei, bilde das Konstitut eine Ausnahme. Es dürfe deshalb nicht präsumiert, sondern nur dann angenommen werden, wenn der bisherige Besitzer den Willen, den eigenen Besitz aufzugeben und für die Zukunft Repräsentant eines fremden Besitzers zu sein, ausdrücklich erklärt habe oder diese Absicht aus andern von ihm abgegebenen Erklärungen mit Notwendigkeit folge. Wenn dagegen, was in Veräusserungsverträgen häufig geschehe, bestimmt sei, dass die veräusserte Sache eine gewisse Zeit lang oder bis auf Widerruf des Käufers im Besitze des Verkäufers verbleiben und dem letzteren die Benutzung gestattet sein solle, so lasse sich aus diesen und ähnlichen Verabredungen zunächst nur die Absicht der Parteien erkennen, die Uebergabe der Sache bis zu einem im voraus festgesetzten oder von dem Belieben der Parteien abhängigen Zeitpunkte auszusetzen, so dass der seitherige Eigentümer bis zu dem Augenblicke der künftig zu bewirkenden Uebergabe den Besitz, welchen er bisher als Eigentümer ausgeübt, in dem bisherigen Masse fortsetze." Das Obergericht Wolfenbüttel spricht sich in einem Erkenntnisse vom 30. April 1866[44]) dahin aus, „es leide keinen Zweifel", dass durch die Erklärung eines Ehemannes, gewisse von ihm der Ehefrau an Zahlungsstatt gegebene Waren nur namens derselben detinieren zu wollen, diese „sofort wenigstens publizianisches Eigentum erworben habe". In einem früheren Urteile[45]) hatte dasselbe Gericht ausgeführt: „Wenn auch für das Bestehen eines constitutum possessorium

---

[44]) Zeitschr. für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig. Herausg. von Gotthard und Koch. Jahrg. 13 S. 205.

[45]) Vom 14. 11. 1860 (Seuffert's Arch. Bd. XXIV No. 211 S. 330).

die ausdrückliche Verabredung zwischen den Interessenten, dass der bisherige Besitzer Repräsentant fremden Besitzes sein solle und wolle, nicht nötig sein sollte, so müssen doch, da die Vermutung nicht für das constitutum possessorium ist, jedenfalls wenigstens Thatsachen vorliegen, aus welchen auf dasselbe geschlossen werden kann (tacitum constitutum possessorium), wenn es als vorhanden angenommen werden soll". In einem dem Darmstädter Oberappellationsgerichte erstatteten Referate[46]) wird bemerkt, „ein Konstitut könne nur dann angenommen werden, wenn entweder eine ausdrückliche desfallsige Erklärung vorliege, oder dasselbe aus einer anderen Handlung mit Notwendigkeit folge". Eine ausdrückliche Erklärung kommt nach der Ansicht des Referenten allerdings im heutigen Recht wohl niemals vor; doch ist dies zu bestreiten[47]). In einem in letzter Instanz von dem Oberappellationsgericht Rostock[48]) entschiedenen Prozesse handelte es sich um das Eigentum an Schafen aus einer Gutsherde. In dem schriftlichen Kaufvertrage war bestimmt, dass die Schafe in den nächsten Tagen von beiden Kontrahenten ausgesucht und dem Käufer zu Eigentum übergeben werden, sodann aber einstweilen in der Detention des Verkäufers verbleiben und erst, wenn dieser nicht binnen vier Wochen von dem ihm bis dahin vorbehaltenen Rückkaufsrechte Gebrauch mache, zur freien Verfügung des Käufers stehen sollten. Die Beweisaufnahme hatte er-

---

[46]) Arch. für praktische Rechtswissenschaft. N. F. Bd. VI S. 171 flg.

[47]) Vgl. z. B. die Entsch. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 8. 7. 1878 (Sammlung Bd. VII No. 146 S. 379), den bei Leist (Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, Jena 1889, S. 13) angeführten, einem Hannover'schen Amtsgerichte vorgelegten Vertrag.

[48]) Entsch. vom 20. 2. 1872 (Seuffert's Arch. Bd. XXX No. 119 S. 178).

geben, dass die Schafe von den Kontrahenten ausgewählt und gezeichnet worden waren. Auf diese Zeichnung legte das Oberappellationsgericht indessen kein Gewicht, es nahm aber ein constitutum possessorium an. Es verlangt zwar „die mit Sicherheit erkennbare Willenseinigung der Kontrahenten, dass der Verkäufer die gezeichneten Tiere nicht mehr in eigenem Namen, sondern als Stellvertreter des Käufers besitzen solle", hält aber „eine die Handlung selbst begleitende ausdrückliche Willenserklärung dieses Inhalts" nicht für erforderlich. Der auf den Abschluss eines constitutum possessorium gerichtete Wille hatte nach seiner Ansicht „schon durch die Vertragsurkunde im voraus einen deutlichen Ausdruck gefunden", indem aus derselben hervorging, dass die Uebergabe ohne Uebertragung des körperlichen Sachbesitzes geschehen solle. In einer Entscheidung des Appellationsgerichts Celle vom 28. Mai 1878[49]) wird zum constitutum possessorium gefordert: „Die bestimmte Erklärung des Veräusserers, von jetzt an in irgend welcher Weise namens des Erwerbers detinieren zu wollen." Zu nennen sind schliesslich zwei Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes für Bayern. Das eine, vom 8. Juli 1878[50]), begnügt sich damit, dass „der bisherige Zivilbesitzer erklärt, fortan die Sache nur mehr für den Erwerber als Stellvertreter desselben detinieren zu wollen", und findet eine solche Erklärung in der Vereinbarung, dass die veräusserten Gegenstände „zwar vorläufig im Besitze der Veräusserer bleiben, dass diese aber dieselben von jetzt an nicht mehr in eigenem Namen, sondern im Namen des Erwerbers besitzen sollen und sich verpflichten, solche auf Verlangen diesem ohne Weigerung wirklich zu behändigen". Der oberste Gerichtshof betont hierbei ausdrücklich, dass eine solche Besitz-

[49]) Seuffert's Arch. Bd. XXXIV No. 13 S. 18 flg.
[50]) Sammlung Bd. VII No. 146 S. 379.

übertragung durch blosse Willenserklärung keineswegs erfordere, dass der bisherige Besitzer auf Grund des Vorbehalts einer Miete, eines Pachts oder eines Niessbrauchrechts die Detention fortsetze. Das andere Urteil, vom 17. November 1879[51]), führt aus, die Rechtsregel, dass das Eigentum nicht durch blossen Vertrag erworben werden könne, sondern hierzu Uebergabe erforderlich sei (l. 20 C. d. pact.) habe Ausnahmen, zu welchen insbesondere das constitutum possessorium gehöre, und dieses liege vor, „wenn der seitherige Besitzer die Absicht, den Besitz im Namen eines anderen auszuüben, mit ausdrücklichen Worten erklärt, oder auch, wenn diese Absicht des seitherigen Besitzers aus dem geschlossenen Ueberlassungsvertrage in unzweideutiger Weise erhellt". Nach dem Codex Maximilianeus ist die Anerkennung des abstrakten Konstituts auch unzweifelhaft.

Seit dem Anfange der achtziger Jahre hat sich nun aber im Gefolge einer dahin gehenden Theorie eine Strömung in der deutschen Praxis geltend gemacht, welche das abstrakte Konstitut schlechthin verwirft und zur Rechtsgültigkeit des Konstituts das Hervortreten einer bestimmten causa detentionis verlangt. In dieser Strömung bewegt sich auch das Reichsgericht, und zwar ist es vornehmlich der dritte Zivilsenat, welcher diese Kausaltheorie vertritt. In einer Frankfurter Sache[52]) lag folgender Kaufvertrag vor: „§ 3. Die Uebergabe und Uebernahme der Kaufobjekte ist erfolgt und belässt Käufer solche in Verwahrung des Verkäufers mit dem, dass bei Absatz von Waren der Bestand wie bei der Uebernahme herzustellen ist, und steht dem Käufer aber auch die Veräusserung oder Ab-

[51]) Das. Bd. VIII No. 30 S. 76.

[52]) Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. V S. 181.

langung der Kaufobjekte jederzeit frei. § 4. Die Verkäufer üben den Besitz der § 1 bezeichneten Objekte künftig nur namens des Käufers aus, und gestattet ihnen dieser jedoch das Rückkaufsrecht jederzeit gegen Erstattung des Kaufschillings, Zinsen und allenfallsiger Kosten.“ Das Frankfurter Oberlandesgericht nahm ein constitutum nicht an, „weil die Ernstlichkeit des Vertragswillens nur konstatiert werden könne durch Darlegung eines Rechtsverhältnisses, auf Grund und innerhalb dessen der bisherige Besitzer nunmehr für den Erwerber detiniert, und weil alle Angaben des Klägers über das Vorhandensein eines solchen Rechtsverhältnisses fehlen“. Der dritte Zivilsenat des Reichsgerichts schloss sich in der Entscheidung vom 8. November 1881 diesen Ausführungen an. Er verwirft die Auffassung des constitutum possessorium als eines Falls des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter, weil diese Auffassung dahin führe, dass die abstrakte Willenserklärung zum Besitzübergange und also zum Eigentumserwerbe ausreiche, während die Regel des römischen Rechts doch der Rechtssatz bilde, dass Willenserklärungen allein zum Eigentumserwerbe nicht genügen, sondern dass Besitzübertragung hinzutreten muss (l. 20 C. d. pact., l. 48 D. h. t.). Um ein Konstitut anzunehmen, müsse vielmehr erhellen, „dass wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben wäre“; das Konstitut diene danach lediglich zur Ersparung einer doppelten Tradition, da wer behalten wolle, nicht erst hinzugeben brauche. „Zur Herstellung eines derartigen Zustandes genügt aber nicht das Uebereinkommen der Kontrahenten, dass der bisherige Besitzer die Sache fortan für den neuen Erwerber inne haben soll, sondern es muss ein Rechtsverhältnis geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint.“ Diese Ansicht hat der dritte Zivilsenat auch in späteren Ent-

scheidungen verfochten. Ebenfalls in einer Frankfurter Sache ist das Urteil vom 17. März 1882 [53]) ergangen, in welchem es sich um die Vindikation einer vom Kläger in der Auktion erkauften, aber in der Gewahrsam des seitherigen Besitzers belassenen Kuh handelte. Hier erkannte das Oberlandesgericht ein constitutum an, das Reichsgericht war der entgegengesetzten Ansicht, da nicht klargelegt sei, welches Rechtsverhältnis durch die Zurücklassung der Kuh beim bisherigen Besitzer zwischen diesem und dem Käufer geschaffen worden, und der Kläger nicht einen faktischen Hergang dargelegt habe, aus dem entnommen werden könnte, dass er auch ohne rechtsgültiges constitutum possessorium durch Besitzergreifung Eigentümer geworden sei. Fernere Erkenntnisse des dritten Zivilsenats, welche eine causa detentionis verlangen, sind am 31. Januar 1882 [54]), 19. Februar 1884 [55]) und 28. September 1886 [56]) ergangen. Auch in der Entscheidung des ersten Zivilsenats vom 1. Juni 1889 [57]) wird das abstrakte Konstitut verworfen. Es heisst hier, für das gemeine Recht sei angenommen, dass „das constitutum zu seiner Wirksamkeit eines mit dem auf die Eigentumsübertragung gerichteten Rechtsgeschäfte verbundenen zweiten Rechtsgeschäftes, welches auf Ueberlassung der Sache in die Innehabung des Uebertragenden gerichtet ist, bedarf, es muss die Umwandlung des bisherigen Besitzes in Detention nicht ein auf Willkür beruhendes und beliebig verwendbares Surrogat der tatsächlichen Uebergabe, weil

---

[53]) Braun und Blum, Annalen des Reichsgerichts Bd. V S. 378.

[54]) Heuser, Annalen Bd. XXVI S. 313.

[55]) Seuffert's Arch. Bd. XXXIX No. 291 S. 397.

[56]) A. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. III (Leipz. 1887).

[57]) Entsch. Bd. XXIV S. 311. Siehe über diese Entsch. auch oben S. 354.

solche noch nicht erfolgen kann oder soll, sondern zur Ersparung der Weitläufigkeit einer doppelten Uebertragung lediglich eine Gestaltung des Besitzverhältnisses entsprechend den auf solche zweifache Uebertragung gehenden Richtungen zweier Rechtsgeschäfte ohne äusserliche Uebergabeakte, konstruktiv durch die Grundsätze von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter vermittelt, sein.“ Von den Landesgerichten ist es vor allem das Oberlandesgericht Rostock, welches die Kausaltheorie sogar mit einer gewissen Emphase vertritt. In dem bereits erwähnten Erkenntnis vom 23. Juni 1882 führt es aus: Da der Besitz magis facti quam juris sei, so sei die natürliche Form der Uebertragung desselben die Tradition, bei welcher sich der Wechsel der tatsächlichen Herrschaft über die Sache durch ein Hingeben von Hand zu Hand oder durch einen sonstigen, äusserlich wahrnehmbaren Ueberweisungsakt manifestiere. Bei der traditio brevi manu genüge freilich die blosse Willenseinigung der Kontrahenten. Beim constitutum possessorium liege aber die Sache anders, hier habe eine Apprehension der zu übertragenden Sache seitens des Erwerbers früher noch nicht stattgefunden, und solche könne nur dann als geschehen angenommen werden, wenn ersichtlich sei, dass der Erwerber seinerseits in Ausübung der ergriffenen tatsächlichen Herrschaft über die Sache die Detention auf den Veräusserer zurückübertragen habe. Die Absicht, die Detention dem Tradenten zu belassen, brauche aber allerdings nicht gerade bei dem Uebertragungsakte kundgegeben zu werden, sie könne auch schon vorher ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein. Aber dass ein Austausch der tatsächlichen Herrschaft stattgefunden, sei nur erkennbar auf Grund eines Rechtsverhältnisses, welches den Tradenten zum Behalten des Gewahrsams der Sache berechtige bezw. verpflichte, das aber nicht in concreto rechtsverbindlich zu sein brauche. „Ist eine solche

causa detentionis unerfindlich, so ist die abstrakte Erklärung des Veräusserers, er wolle künftig namens seines Kontrahenten besitzen, eine rechtlich bedeutungslose Formel, wie die: er habe das Eigentum tradiert oder wolle es hiermit tradiert haben." Auch die Entscheidung vom 25. Mai 1883 [58]) geht von der Notwendigkeit der causa detentionis aus. Dasselbe gilt von derjenigen vom 24. September 1884 [59]). Die Erklärung des Veräusserers „er wolle fortan nur noch im Namen des Käufers die Sache besitzen und auf dessen Anforderung jederzeit herausgeben", wird hier als „zu abstrakt, zu unbestimmt" bezeichnet, „um auf den für das constitutum possessorium erforderlichen Willen des Veräusserers schliessen zu lassen". „Wenn jemand erklärt, eine Sache an einen bestimmten Dritten veräussert haben zu wollen, dabei aber diese Sache unausgesetzt in seiner Detention behält, so bedarf es, um den Entäusserungswillen als einen ernsthaft gemeinten erscheinen zu lassen, der Darlegung desjenigen Rechtsverhältnisses, welches den Veräusserer gegenüber dem neuen Erwerber zum ferneren Behalten berechtigt oder verpflichtet."

Es fehlt aber viel, dass sich die Kausaltheorie die ganze deutsche Praxis unterworfen hätte, es lässt sich nicht einmal behaupten, dass sie zu der in der Praxis herrschenden geworden ist. Zunächst das Reichsgericht huldigt ihr nicht in allen Entscheidungen. Das Urteil des ersten Civilsenats vom 29. April 1885 [60]) erkannte in einem Falle ein constitutum possessorium an, in welchem eine causa detentionis nicht vorhanden war. Ein Vater übersandte ihm gehörige Aktien, welche er zum Ersatze für eine seinen Kindern zugefallene,

---

[58]) Mecklenburg. Zeitschr. für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. V S. 4.

[59]) Das. Bd. VI S. 228.

[60]) Bolze Bd. I S. 20.

von ihm konsumierte Erbschaft bestimmt hatte, einem Dritten behufs Lombardierung, die Empfangsbescheinigung liess er auf den Namen der Kinder ausstellen. „Indem der Vater die Aktien dem Dritten übergab, damit er sie für die Kinder besitze und den Vater als Stellvertreter der Kinder betrachte, übertrug er den Besitz auf die Kinder durch constitutum possessorium und bei angenommenem Uebereignungswillen damit das Eigentum." Das Erkenntnis vom 21. September 1887[61]) desselben Zivilsenats erklärt, es dahin gestellt lassen zu wollen, ob zur Gültigkeit des Konstituts eine besondere causa detentionis erforderlich ist oder nicht. Später hat sich, wie wir gesehen haben, der erste Zivilsenat dann allerdings der Kausaltheorie angeschlossen. Der 6. Zivilsenat bezeichnet es in dem Urteil vom 25. April 1887[62]) als streitig, ob das constitutum possessorium, wie die Entscheidung des 3. Zivilsenats vom 8. November 1881 annehme, eine besondere causa detentionis erfordere; es führt aus, dass das constitutum possessorium sich als Besitzerwerb durch einen Stellvertreter charakterisiere, und die Besitzübertragung hierbei dadurch bewirkt werde, dass der Veräusserer seinen Willen, die Sache, die er bisher für sich besessen, nunmehr für den Erwerber zu detinieren, diesem letzteren gegenüber erkläre. Zum Schlusse heisst es: „Geht man nun auch davon aus, dass dieser Willenserklärung ein besonderes, neben dem Veräusserungsvertrage bestehendes Rechtsverhältnis (eine besondere causa detentionis neben der causa traditionis) zu Grunde liegen müsse" etc. Hiernach scheint es, als wenn der 6. Zivilsenat eine causa detentionis nicht für erforderlich erachtet, dem 3. Zivilsenat indessen nicht direkt entgegentreten will. — Das Oberlandesgericht Hamburg

---

[61]) Entsch. Bd. XIX S. 253.

[62]) Blätter für Rechtsanwendung. Ergänzungsbd. VI S. 350.

ferner nahm in der Entscheidung vom 27. April 1882 [63]) den Eigentumsübergang von Waren an, die die Erwerberin nur deswegen noch einstweilen an Ort und Stelle zu lassen erklärt hatte, damit der Verkäufer sie in ihrem Namen und Auftrag verhandele. Es wird bemerkt, dass das Vorhandensein des Besitzübertragungswillens allein zur Vollziehung des constitutum possessorium nicht ausreiche, dass hierzu vielmehr auch die äusserliche Manifestation dieses Besitzübertragungswillens erforderlich sei, entweder durch ausdrückliche Erklärung oder mindestens durch sonstige concludente Tatsachen. Durchaus im Gegensatze zur Kausaltheorie steht das Erkenntnis des Oberlandesgerichts Kiel vom 17. Dezember 1863 [64]). Es war Heu verkauft worden, welches auf dem Viehhausboden des Verkäufers lagerte. Behufs Uebereignung wurde es den Käufern vorgewiesen „mit der ausdrücklichen gegenseitigen Erklärung, dass es hiermit übergeben und angenommen werde, dass es nunmehr Eigentum der Käufer sei". Es blieb indessen auch weiterhin in der Gewahrsam des bisherigen Besitzers. Das Landgericht hatte infolgedessen den Besitzübergang geleugnet. Das Oberlandesgericht stimmte der Vorinstanz darin bei, dass eine Uebertragung des körperlichen Besitzes hier nicht stattgefunden habe, es nahm indessen ein Konstitut an. Zur Begründung führte es aus: Freilich genüge zur Eigentumsübertragung unter Lebenden nicht ein blosser hierauf gerichteter Vertrag, es müsse vielmehr eine Form hinzukommen, durch welche der Wille, das Eigentum zu übertragen, tatsächlich zum Ausdruck gebracht werde, was der Regel nach durch Uebergabe der Sache geschehe. „Der Besitz kann jedoch auch durch einen andern erworben und ausgeübt werden, also auch durch den bisherigen Besitzer,

---

[63]) Seuffert's Arch. Bd. XXXVII No. 192 S. 271.

[64]) Das. Bd. XXXIX No. 190 S. 271 flg.

und daher kann auch derjenige, welcher bisher die Sache als Eigentümer besass, für einen andern als dessen Vertreter Besitz und Eigentum erwerben. Dann aber wird das Eigentum übertragen, sobald der Wille, dass das Eigentum übergehen solle, beiderseits erklärt und zugleich der Wille des bisherigen Besitzers, nunmehr für den Erwerber zu besitzen, ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen ausgesprochen wird; allerdings vollzieht sich dann der Eigentumsübergang durch blosse Willenseinigung. Aber dies ist eine notwendige Folge davon, dass die Besitzübertragung durch einfachen Austausch der Willenserklärungen erfolgt." Allegiert werden hierbei Bähr's Urteile des Reichsgerichts S. 64 f.

Mit der Annahme, dass es zur Rechtsgültigkeit des Konstituts des Hervortretens einer besonderen causa detentionis bedürfe, verträgt sich nicht die Ansicht, dass auch eine in fremder Detention befindliche Sache durch constitutum tradiert werden kann. Denn wie kann für den Konstituenten „ein Rechtsverhältnis geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint", wenn der Konstituent sich gar nicht in der Innehabung befindet? Wie kann hier jemals erhellen, „dass wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben wäre?" Es wird indessen auch in der gemeinrechtlichen Praxis dieses Jahrhunderts ein Konstitut von Sachen, die sich in der Detention eines Dritten befinden, zugelassen [65]), insbesondere geschieht dies durch das Reichsgericht. Gerade der 3. Zivilsenat bemerkt [66]): „Für das gemeine Recht ist derjenigen Ansicht beizutreten, welche annimmt, dass es beim constitutum possessorium nicht darauf ankommt, ob der bisherige Besitzer

65) Eine Ausnahme macht nur ein Urteil des O.A.G. Oldenburg (Arch. für die Prax. des gesamten im Grossherzogtum Oldenburg geltenden Rechts Bd. V S. 128).

66) Entsch. vom 15. 2. 1884 (Entsch. Bd. XI S. 57).

die Detention an der Sache selbst ausübt oder durch andere (Mieter, Verwahrer u. s. w.) ausüben lässt." Von diesem Prinzip geht auch das Urteil des 1. Strafsenats vom 17. Dezember 1885 [67]) aus, und ebenso wird es von dem 6. Zivilsenat in der Entscheidung vom 2. Juni 1890 [68]) vertreten. In diesen beiden Erkenntnissen wird insbesondere hervorgehoben, dass es auch einer Kenntnis des Detentors vom Abschlusse des Konstituts nicht bedarf. Das Konstitut einer in fremdem Faustpfandbesitze befindlichen Sache wird vom 3. Zivilsenat [69]) allerdings verworfen. Doch liegt dieser Fall auch anders, als der einer fremden Detention. Denn der Verpfänder hat durch die Pfandbestellung aufgehört, Besitzer zu sein, Besitzer ist allein der Pfandgläubiger.

III. Die Schlüsselübergabe.

In der vorsavignyschen gemeinrechtlichen Praxis wurde eine Uebereignung von Behältnissen, insbesondere von Häusern, durch Schlüsselübergabe anerkannt. Spuren hiervon finden sich auch in der Praxis dieses Jahrhunderts. In einer hessischen Sache [70]) wurde der Kaufpreis für ein veräussertes Haus eingeklagt, es wurde Tradition behauptet, und dieselbe damit begründet, dass dem Käufer die Schlüssel des Hauses übergeben worden seien. Das Oberappellationsgericht Darmstadt sprach sich dahin aus: Der Kaufvertrag sei nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts als perfekt anzusehen, weil das Eigentum des Hauses

[67]) Entsch. in Strafsachen Bd. XIII S. 178 flg.

[68]) Entsch. in Zivilsachen Bd. XXVI S. 181.

[69]) Entsch. vom 20. 5. 1881 (Seuffert's Arch. Bd. XXXVII No. 7 S. 12).

[70]) Bopp, Beiträge zur Beurkundung der oberstgerichtlichen Rechtsübung im Kreise des Zivilrechts und Prozesses (Stuttg. 1862) No. 47 S. 163. Die Entsch. ist vom Jahre 1828.

durch Uebergabe der Schlüssel (symbolische Tradition) auf den Käufer übergegangen sei. Aus einem im Anfange dieses Jahrhunderts erstatteten Rechtsgutachten der Leipziger Fakultät[71]) ergiebt sich, dass eine Witwe ihren Anspruch auf das Eigentum an zwei im Nachlasse ihres Ehemannes vorgefundenen Kommoden darauf gestützt hatte, dass sie die Schlüssel zu denselben in Händen habe. Ueber die Erheblichkeit dieser Behauptung äussert sich die Fakultät indessen nicht. Bei einem in Sachsen erfolgten Verkaufe zweier Häuser händigte der Verkäufer, um die Uebergabe zu bewirken, dem Käufer zu jedem Hause einen Hausschlüssel ein. Das Oberappellationsgericht Dresden verneinte allerdings in der Entscheidung vom 23. Dezember 1858[72]) den Eigentumsübergang, aber mit recht zaghafter Begründung: „Ebenso vermag auch die Uebergabe der Hausschlüssel nicht als die der Grundstücke selbst zu gelten; die Fälle, in welchen das Oberappellationsgericht in der Uebergabe der Schlüssel einen Akt symbolischer Uebergabe erblickt hat, betreffen Mobilien. Bei diesen finden jedoch in dieser Beziehung zum Teil abweichende Grundsätze Anwendung.“

Ob behufs Uebereignung eingeschlossener Gegenstände die Uebergabe der Schlüssel in der Nähe des Behältnisses erfolgen müsse, ist in der heutigen gemeinrechtlichen Praxis bestritten. In einer sächsischen Sache [73]) wurde in allen drei Instanzen die Notwendigkeit der Präsenz des Behältnisses geleugnet. Von der ersten: „weil diese symbolische Uebergabe nicht von dem Orte, sondern von der Verabfolgung der Verschlussmittel abhängt“, von dem Appellationsgericht Dresden: „da die Parteien ganz besonders darüber sich

[71]) E. Kind, Sammlung auserlesener Rechtssprüche und Rechtsgutachten (Leipz. 1836) No. 9 S. 31 flg.

[72]) Wochenbl. 1860 St. 49 No. 83 S. 385 flg.

[73]) Wochenbl. 1849 St. 63 No. 139 S. 497 flg.

vereinigten, wie der Akt der symbolischen Tradition erfolgen solle, übrigens aber auch durch letzteren, wie er hierbei beschlossen wurde, die Möglichkeit einer rechtmässigen physischen Einwirkung auf die zu übergebende Sache auf die Annehmerin überging", während das Oberappellationsgericht zwar dafür hielt, dass hier „mehr als eine bloss symbolische Uebergabe" vorliege, aber bemerkte: „Dass die Aushändigung der Schlüssel in der Nähe des verschlossenen Behältnisses geschehen müsse, ist nirgends gesetzlich vorgeschrieben." In einem andern Falle [74]) sprach sich das Oberappellationsgericht dahin aus, dass „die Gegenwart der Behältnisse oder die besondere Hinweisung auf dieselben dann von Wichtigkeit" erscheine, „wenn der eigentliche Zweck der Uebergabe der Schlüssel nicht bereits auf andre Weise in Gewissheit gesetzt worden." In dem zur Entscheidung stehenden Falle lag die Uebereignungsabsicht klar zu Tage. „Die Kontrahenten waren darüber völlig einverstanden, dass das Eigentum an den gekauften Getreidevorräten bereits auf den Käufer übergegangen sei, und dass die bereits bewirkte Uebergabe der Schlüssel als Symbol der faktischen Tradition dieser Vorräte gelten solle." Daraus wird gefolgert: „Durch Empfangnahme der Schlüssel gelangte sonach der Käufer in Besitz dieser Vorräte, indem nach den hinzutretenden Erklärungen des Verkäufers von dem Augenblicke an, wo ersterer durch die Schlüssel in den Stand gesetzt war, über das Getreide zu verfügen, angenommen werden musste, das Getreide befinde sich in des Käufers Verwahrung, unter derartigen Umständen aber die Besitzergreifung nicht gerade mit körperlicher Berührung der in Frage begriffenen Gegenstände verbunden zu sein braucht." Präsenz des Behältnisses fordert dagegen ein Erkenntnis

---

[74]) Entsch. vom 22. 3. 1844 (Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. V S. 95 flg.).

des Appellationsgerichts Dresden aus dem Jahre 1835 [75]), des Appellationsgerichts Zwickau aus dem Jahre 1854 oder 55 [76]), sowie die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 27. Februar 1841 [77]), 16. Februar 1847 [78]) und 28. Oktober 1848 [79]). In dem an erster Stelle genannten Lübecker Urteil, in welchem es sich um eine Pfandklage handelt, wird der Besitzübergang auch deswegen geleugnet, weil der übergebene Schlüssel zu dem Schuppen, in welchem das Pfandobjekt lagerte, nicht gepasst hatte. Das ebenfalls von der Schlüsseltradition handelnde Urteil des Appellationsgerichts Dresden vom 9. Juli 1863 und das in dieser Sache ergangene Oberappellationsgerichtserkenntnis ist bereits erwähnt wordeu.

IV. Die instrumentalis traditio.

Die Uebereignung durch Uebergabe der Erwerbsurkunde des Veräusserers ist von jeher auf Objekte aller Art bezogen worden, es geschieht dies auch in der heutigen Praxis. Auch Savigny beschränkt die l. 1 C. d. don. nicht auf Sklaven, er setzt indessen voraus, dass dieselben bei der Uebergabe der Dokumente zugegen gewesen seien. Die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 22. April 1823 [80]) und des Oberappellationsgerichts Dresden vom 23. Dezember 1858 [81]) sind ihm hierin gefolgt. Gemeinhin fordert indessen die Praxis nicht Präsenz des Veräusserungs-

---

[75]) Wochenbl. 1843 S. 270.

[76]) Kletke Bd. I S. 279 flg.

[77]) Hamburger Sammlung. N. F. Bd. I Abt. 1 S. 88.

[78]) Bruhn Bd. II No. 70 S. 532.

[79]) Sammlung der Entscheidungsgründe des O.A.G. der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck in bremischen Civilrechtssachen Bd. II H. 1 S. 303.

[80]) Bruhn Bd. I No. 19 S. 100.

[81]) Wochenbl. 1860 St. 49 No. 83 S. 385 flg.

objekts [82]). Auch in der heutigen Praxis wird ferner dingliche Wirkung nicht bloss der Uebergabe der Erwerbsurkunde des Veräusserers beigelegt. In einer hessischen Sache [83]) nahm sowohl das Gericht erster Instanz, das Landgericht Gernsheim, als dasjenige der zweiten, das Hofgericht Darmstadt, an, dass Besitz und Eigentum von Waren durch Einhändigung der Fakturen übergehe; das Hofgericht, weil „die Einhändigung der Faktur als ein Zeichen der symbolischen Ueberlieferung der Waren zu betrachten sei". Das Oberappellationsgericht Darmstadt verwarf indessen diesen Satz „als gemeinrechtlich nicht bestehend". Ebenso wird er in den Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 30. April 1831 [84]), des Oberappellationsgerichts Kiel vom 28. Oktober 1851 [85]) und des Obertribunals Stuttgart vom 16. August 1853 [86]) verworfen. Das Stadtgericht Frankfurt a. M. bezeichnet in dem Urteil vom 18. Juni 1873 [87]) „die Uebergabe der Legitimationspapiere seitens des Verkäufers" als „eine symbolische Tradition im kaufmännischen Sinne". Ein Erkenntnis des sächsischen Oberappellationsgerichts vom 31. März 1843 [88]), welches anerkennt, dass die Konnossementsübersendung wenigstens dem Absender und Verkäufer gegenüber als eine „symbolische Uebergabe" zu betrachten sei, zitiert hierbei die l. 1 C. d. don. Dasselbe Gericht liess in dem Urteil vom 19. Juni 1855 [89])

---

[82]) Das Erkenntnis des O.A.G. Cassel vom 27. 10. 1827 (Heuser, Annalen Bd. I S. 833 flg.) sagt ausdrücklich, dass l. 1 C. d. don. Gegenwart der Sklaven nicht voraussetze.

[83]) Arch. für prakt. Rechtswissenschaft. N. F. Bd. I S. 104.

[84]) Bruhn Bd. I No. 86 S. 338; Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des O.A.G. der vier freien Städte Deutschlands (Gött. 1857) No. 177 S. 179.

[85]) Seuffert's Arch. Bd. V No. 253 S. 332.

[86]) Seuffert's Arch. Bd. VII No. 8 S. 8.

[87]) Rundschau 1874 S. 334.

[88]) Wochenbl. 1846 St. 15 No. 42 S. 113 flg.

das Eigentum von Waren, welche auf dem Steueramte lagerten, durch Einhändigung der steueramtlichen Depositionsscheine übergehen, indem es annahm, dass hier „eine vollgültige, wenn gleich nicht naturalis traditio" stattgefunden habe.

Auch der Tradition der Veräusserungsurkunde wird in der gemeinrechtlichen Praxis, wenigstens vereinzelt, dingliche Wirkung beigelegt. Ein kurhessisches Landgericht äusserte sich in einem Bescheide vom Jahre 1838 [90]) dahin: „Durch die Uebergabe der Dokumente, namentlich des Kaufbriefes, werde nach römischem Rechte die Sache selbst als tradiert angesehen, womit die Praxis und hessische Gesetzgebung übereinstimme, und woran die unbefugte Detention eines Dritten nichts ändere." Durch das Obergericht Cassel wurde dieser Bescheid indessen reprobiert. Zu nennen sind ferner mehrere Wiesbadener Urteile. In demjenigen des dortigen Oberappellationsgerichts vom 15. Juli 1840 [91]) heisst es: „Es kommen nun schon in den römischen Gesetzen — allegiert werden l. 1 C. d. don., l. 44 § 5 D. d. leg. I, l. 59 D. d. leg. II — bestimmte Zeugnisse vor, dass man die Hingabe der einen Gegenstand betreffenden Dokumente der wirklichen Hingabe der Sache wenigstens in gewissen Fällen gleichgeachtet. Nach germanischen Rechtsprinzipien über Gewähr und gerichtliche Auflassung (Investitur) kann es aber keinem gegründeten Zweifel unterliegen, dass im allgemeinen in der auf der Kontrahenten Antrag erfolgten gerichtlichen Ausfertigung und Uebergabe des Kaufbriefs auch die Uebertragung des Eigentums des verkauften Objekts

---

[89]) Kletke, Jahrg. I S. 279 flg.

[90]) Henkel, Bemerkenswerte Rechtsfälle und Entscheidungen und andere Mitteilungen aus der kurhess. Rechtspflege Bd. I H. 2 (Cassel 1838) No. 112 S. 323. Vgl. auch das Urteil des O.A.G. Berlin vom 22. 9. 1871 (Heuser, Annalen Bd. XVIII S. 323).

[91]) Flach S. 22.

auf den Käufer gefunden werden muss.“ Das Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden sagt in dem Erkenntnisse vom 8. Februar 1856 [92]), dass die einfache Zustellung des Kaufbriefs zu einer wirksamen Tradition nicht geeignet erscheine, „da, wenn auch dadurch nach deutschen Rechtsbegriffen das Eigentum wirksam übertragen werden kann, doch der Besitz damit noch nicht übergeht“. Dasselbe Gericht in einem Erkenntnisse vom Jahre 1855 [93]): „Wenn es auch nach deutschen Rechtsansichten über Gewähr und gerichtliche Auflassung keinem gegründeten Zweifel unterliegen kann, dass im allgemeinen in der auf der Kontrahenten Antrag erfolgten gerichtlichen Ausfertigung und Uebergabe des Kaufbriefes über verkaufte Immobilien auch die Uebertragung des Eigentums derselben an den Käufer gefunden werden muss, so kann doch dieser Grundsatz nicht auf den Verkauf von Mobilien, wo eine gerichtliche Mitwirkung gar nicht stattgefunden hat, übertragen, die Behändigung einer über einen solchen Kauf ausgestellten Urkunde an den Käufer vielmehr lediglich als ein Beweismittel über den Abschluss des stattgehabten Rechtsgeschäfts betrachtet werden, und eine symbolische Tradition würde etwa nur dann stattgefunden haben, wenn die Verkäufer etwaige, ihre Eigentumsrechte beweisenden Urkunden statt der Kaufobjekte dem letzteren ausgehändigt hätten, wie l. 1 C. d. don. unterstellt.“ Schlechthin wird der Tradition der Veräusserungsurkunde die dingliche Kraft abgesprochen in den Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts Cassel vom 27. Oktober 1827 [94]), des Obergerichts Glückstadt vom 7. Januar 1839 [95]) und des Oberappellationsgerichts Dresden vom 29. Oktober 1863 [96]);

---

[92]) Arch. für die Prax. des im Herzogtum Nassau geltenden Rechts Bd. I S. 224.

[93]) Das. Bd. V S. 244.

[94]) Heuser, Annalen Bd. I S. 833 flg.

[95]) Schlesw.-Holst. Anzeigen für das Jahr 1839 S. 63 flg.

in dem an erster Stelle genannten Urteile auch der Uebergabe eines Verzeichnisses der verkauften Sachen. Die Aushändigung eines Inventars der veräusserten Objekte, und zwar des Kataloges zu einer veräusserten Bibliothek, wurde auch in einer sächsischen Sache [97]) zur Begründung des Eigentumsanspruches an dieser Bibliothek behauptet, von dem Appellationsgerichte Dresden indessen für unerheblich erklärt.

V. Die Signation.

Der Aufsetzung des Zeichens wird, nach den gedruckt vorliegenden Entscheidungen zu urteilen, in der heutigen gemeinrechtlichen Praxis übereinstimmend die Traditionswirkung im Zweifel abgesprochen. Die Wirkung der Tradition wird der Signation nur dann beigelegt, wenn kein anderer Zweck derselben ersichtlich ist. Das in einer Hamburger Rechtssache ergangene Urteil des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 31. Dezember 1847 [98]) bemerkt, dass „ohne besondere hinzukommende Umstände" das Aufsetzen des kaufmännischen Zeichens eine Uebertragung des Besitzes nicht nach sich ziehe. Besondere Umstände fordert auch das Erkenntnis desselben Gerichts vom 19. Februar 1850 [99]), „das Signieren einer in fremdem Gewahrsam befindlichen und verbleibenden Ware" gilt nach ihm „nicht als wahre Apprehension", ist „vielmehr nur darauf in dubio zu beziehen, dass eine Verwechselung derselben mit andern Sachen habe verhütet werden sollen". Denn „wo nicht wenigstens die Möglichkeit einer Korporal-Apprehension gegeben ist", kann „die sog. symbolische oder solo animo erfolgte Tradition nicht wahren Besitz geben". In einer

[96]) Wochenbl. 1864 St. 19 No. 31 S. 158.
[97]) Das. 1843 St. 34 No. 93 S. 269.
[98]) Hamburger Sammlung Bd. I No. 107 S. 1096.
[99]) Bremische Sammlung Bd. II H. 2 (Brem. 1851) S. 173 flg.

Frankfurter, in letzter Instanz ebenfalls von dem Oberappellationsgericht Lübeck entschiedenen Sache[100]) wurde anerkannt, dass die hier stattgehabte Siegelung Traditionswirkung gehabt habe, weil, wie das Appellationsgericht Frankfurt sagt, „die Versiegelung von seiten der Klägerin keinen anderen Zweck haben konnte, als dem Verkäufer die Möglichkeit der Disposition über die Weine zu entziehen“, da insbesondere auch „die Identität der versiegelten Fässer schon anderweit vollständig sichergestellt war“. Nach einem Erkenntnis eines sächsischen Bezirksgerichts vom 23. Juli 1863[101]) ist die Zeichnung „nach Handelsgebrauch eine besondere symbolische Besitznahme“, die „als Beweis der Uebertragung“ „sehr nützlich“ sein kann, „sobald die Absicht deutlich erkennbar, dass die Bezeichnung an die Stelle der Tradition treten soll“. Das Urteil des Oberappellationsgerichts Rostock vom 20. Februar 1872[102]) legt in einem Eigentumsstreite über Schafe aus einer Gutsherde auf die geschehene Zeichnung kein Gewicht, „da diese Handlung auch lediglich zu dem Zwecke vorgenommen sein könnte, um dem Kaufgeschäfte ein individuell bestimmtes Objekt zu geben“. In einer vor mecklenburgischen Gerichten in drei Instanzen verhandelten Sache[103]) stand die Bedeutung des Anschlagens von verkauften, anstehenden Bäumen mit dem Forsthammer in Frage. Die Justizkanzlei Schwerin mass dieser Handlung die Wirkung der Eigentumsüber-

[100]) Sammlung der Entsch. des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen. Herausg. von einem Verein von Juristen Bd. VII (Frankf. a. M. 1867) No. 302 S. 125 flg. Das Erkenntnis erster Instanz ist vom 1. 6. 1860, das zweiter vom 3. 9. 1860, das dritter vom 19. 7. 1862.

[101]) Wochenbl. 1864 S. 151 flg.

[102]) Seuffert's Arch. Bd. XXX No. 119 S. 178.

[103]) v. Nettelbladt, Rechtssprüche des O.A.G. zu Parchim, Bd. I No. 3 S. 9 flg. Die Entsch. sind aus den Jahren 1814 bis 1819.

tragung bei, das Hof- und Landgericht zu Güstrow hielt dieselbe vor der Trennung der Stämme vom Grundstück für unmöglich, das Oberappellationsgericht Parchim stimmte dagegen der ersten Instanz bei, indem es das entscheidende Gewicht auf den Willen der Parteien legte, der auf Vornahme einer „wirklichen Tradition" gegangen sei, und „da, was aus dem römischen Rechte an und für sich als obstierend angeführt werden möchte, dennoch in einem solchen Falle, wo wie hier die Intention der Kontrahenten klar vorliegt, um so weniger ein anderes bewirken kann, als die vorseienden Vereinbarungen und Handlungen der Interessenten und der rechtliche Effekt derselben nirgends verboten oder beschränkt, vielmehr solche für völlig erlaubt zu halten sind". In einer hannoverschen Sache [104]) wird eine Tradition stehender Bäume durch Anschlagung derselben für unzulässig erklärt. Recht interessant ist das Urteil des Kreisgerichts Ulm vom 23. März 1875 [105]). Es waren Mühlsteine, welche in einem umschlossenen Raume lagerten, verpfändet worden. Streitig war, ob der Gläubiger den Besitz derselben erworben hatte. Fest stand, dass die Steine zum Zwecke der Besitzergreifung mit dem Anfangsbuchstaben des Namens des Gläubigers bezeichnet worden waren, und dass der Bevollmächtigte desselben jeden einzelnen der Steine mit den Worten berührt hatte: „Im Namen des Herrn Dr. B. (des Gläubigers) ergreife ich von diesem Mühlsteine Besitz." Der Gläubiger hatte ferner behauptet, dass ihm auch die Schlüssel zum Lagerraume ausgehändigt worden seien. Das Gericht legt nur diesem letzten Umstande Bedeutung bei. „Nach den bestimmten Vorschriften des ge-

[104]) E. Spangenberg, Prakt. Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit Bd. II (Braunschw. 1837), Teil 2 S. 13.

[105]) Württemb. Gerichtsblatt, herausg. von Kübel, Bd. XV S. 399.

meinen Rechts wird an Sachen, welche in einem verschlossenen Gebäude liegen, der Besitz erst dann erworben, wenn die Schlüssel übergeben sind, und genügt zum Besitzerwerbe selbst das Aufdrücken der Siegel dessen, der den Besitz ergreifen will, nicht, weshalb im vorliegenden Falle das Zeichnen der Steine den Besitz des Dr. B. nicht begründete. Es ist in einem solchen Falle der Schlüssel nicht bloss (wie B. geltend gemacht hatte) ein Symbol, vielmehr ist seine Uebergabe an denjenigen, welcher Besitz ergreifen will, geboten, weil er nur dann, wenn er den Schlüssel bekommt, die natürliche Herrschaft über die in dem verschlossenen Raume befindlichen Sachen erlangt."

§ 3.

Prinzip des geltenden gemeinen Rechts.

Jetzt endlich ist alles gethan, um an die Frage heranzutreten: Welches ist das Prinzip des zweiseitigen Besitzerwerbes nach heutigem römischen Recht? Erhalten wir auf diese Frage eine Antwort? oder erhalten wir keine? Ist das letztere der Fall, dann ist viel Mühe und Arbeit umsonst gewesen. Nicht ganz umsonst freilich; denn wenn man dem, was in der Einleitung über das Wesen unseres heutigen römischen Rechts gesagt worden ist, beitritt, dann muss man anerkennen, dass Arbeiten, wie die vorliegende, unternommen werden müssen, unternommen werden müssen auch auf die Gefahr hin, zu keinem Resultate zu gelangen. Aber erfreulich ist ein solches Non liquet doch jedenfalls nicht.

Ich glaube indessen, ein sicheres Resultat hat sich denn doch wenigstens in negativer Beziehung ergeben, dahin, dass für das heutige gemeine Recht nur zwei Auffassungen des Besitzerwerbes

durch Tradition in Frage kommen können, entweder das Prinzip der tatsächlichen Herrschaft oder das Successionsprinzip, dass jede andere Lehre über das Wesen des zweiseitigen Besitzerwerbes dagegen keinen Anspruch auf praktische Geltung machen kann. Insbesondere gilt dies von der Jhering'schen Theorie, die eine so grosse Anzahl namhaftester Anhänger gefunden hat. Sie entspricht dem geltenden gemeinen Recht nicht. Der Besitz ist in der Gestalt der Tatsächlichkeit des Eigentums nicht rezipiert worden, niemals ist die deutsche Praxis von diesem Prinzip ausgegangen. Ob die Jhering'sche Lehre das reine römische Recht zutreffend wiedergiebt, ist für das heutige römische Recht unerheblich.

Will man nun auch ein positives Resultat haben, so muss man sich entscheiden, entscheiden eben zwischen den beiden in Betracht kommenden Prinzipien. Hier erhält man ein völlig einwandsfreies Ergebnis nun freilich nicht, doch spricht weit mehr für das Successionsprinzip als für das der tatsächlichen Herrschaft.

Von der „potestas“ ist allerdings, wie wir gesehen haben, schon in der älteren Theorie seit der Renaissancezeit häufig die Rede; dass die Apprehension in der Begründung der tatsächlichen Gewalt bestehe, ist die in der heutigen gemeinrechtlichen Theorie herrschende Meinung; die Definitionen der Besitzergreifung, welche in der heutigen gemeinrechtlichen Praxis vorkommen, stimmen hiermit überein. Aber in der älteren Doktrin wird die Potestas doch alles in allem nur beiläufig erwähnt, zu dem die ganze Besitzlehre gestaltenden Prinzip wird sie nur sehr vereinzelt erhoben, in voller Konsequenz nur von Westphal [106]). Und in der heutigen

[106]) Siehe oben S. 221 flg.

Theorie und Praxis ist die Idee der tatsächlichen Gewalt auch nur das Leitmotiv, das in mancherlei und recht verschiedenartigen Gebilden zum Ausdruck kommt. Entscheidend aber gegen die Anerkennung der Begründung der tatsächlichen Herrschaft als Prinzips auch des zweiseitigen Besitzerwerbs spricht, dass auch das heutige gemeine Recht in einigen Fällen einen Besitzerwerb durch Tradition annimmt, ohne dass eine tatsächliche Herrschaft für den Erwerber hergestellt ist. In erster Linie gehört hierher die Tradition durch Uebergabe der Erwerbsurkunde des Veräusserers. In der Beschränkung auf Sklaven lässt sich die l. 1 C. don. noch allenfalls mit dem Potestasprinzip vereinigen[107]). Diese Stelle ist jedoch, ausser in der allerneuesten Zeit, niemals in der romanistischen Doktrin auf Sklaven beschränkt worden, man hat sie stets von Objekten aller Art, insbesondere auch von Grundstücken, verstanden. In dieser Gestalt ist die instrumentalis traditio bei uns rezipiert worden. Auf eine Präsenz des Veräusserungsgegenstandes, die hin und wieder auch von der älteren Theorie, aber stets nur von einer Minorität derselben, gefordert worden ist, hat die deutsche Praxis der vergangenen Jahrhunderte kein Gewicht gelegt; in der Praxis dieses Jahrhunderts wird zwar auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten, aber nicht überwiegend und jedenfalls nicht so intensiv, dass man sagen könnte, das bisherige, von der Präsentia absehende Gewohnheitsrecht sei durch ein neues, die Präsentia forderndes verdrängt worden. In der Ausdehnung auf Objekte aller Art hat die instrumentalis traditio mit der Begründung eines Herrschaftsverhältnisses aber nichts mehr zu thun. Dadurch, dass ich von dem bisherigen Eigentümer die Urkunden

---

[107]) Vgl. besonders Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht in den Festgaben für v. Gneist S. 66 flg.

empfange, welche einstmals über seinen Erwerb ausgestellt worden, erhalte ich weder die Möglichkeit, Fremde von Einwirkungen auf die an mich veräusserte Sache auszuschliessen, noch die, selber über die Sache körperlich zu verfügen. Und eines von beiden muss denn doch mindestens vorliegen, wenn man eine tatsächliche Herrschaft annehmen soll. Der Erwerber ist nicht besser daran, als bei einer einfachen, acceptierten Traditionserklärung. — Ob nicht auch die Tradition durch Uebergabe des instrumentum novum wenigstens für Immobilien als selbständiges, gemeinrechtliches Institut anzusehen ist? Davon, dass diese Tradition vor Savigny gewohnheitsrechtliche Geltung gehabt hat, haben wir uns überzeugt[108]. Dass eine Derogation stattgefunden, lässt sich nach dem gedruckten, oben[109] mitgeteilten Entscheidungsmaterial mit Sicherheit jedenfalls nicht behaupten. Von der Herstellung irgend welcher tatsächlichen Gewalt kann natürlich auch hier keine Rede sein. — Die Uebereignung von Gebäuden durch Schlüsselübergabe ferner, deren Anerkennung als Institut des vorsavigny'schen gemeinen Rechts einem Bedenken nicht unterliegen kann, ist auch noch nach heutigem gemeinen Recht statthaft. Denn auch hier ist eine Derogation nicht nachweisbar. Auch hier tritt der Erwerber aber nicht in ein Herrschaftsverhältnis zu der Sache. — Die Uebereignung eingeschlossener Waren ferner vollzieht sich durch die Schlüsselübergabe auch dann, wenn letztere nicht in der Nähe des Behältnisses erfolgt. Das war gemeinrechtliche Praxis und damit gemeines Recht im vorigen Jahrhundert, und ist deshalb bei dem Schwanken der heutigen Praxis auch noch jetzt gemeines Recht. Hier liegt die Sache für die Annahme einer tatsächlichen

---

[108]) Siehe oben S. 302 flg.
[109]) S. 390 flg.

Herrschaft allerdings etwas günstiger, als in den anderen Fällen. Der Schlüsselempfänger ist um eine Kleinigkeit besser gestellt, als derjenige, dem gegenüber der bisherige Besitzer nur eine Traditionserklärung abgegeben hat. Aber dass er, der vielleicht meilenweit von der Sache entfernt ist, durch die Einhändigung der Schlüssel bereits Herr der Sache geworden ist, das lässt sich denn doch unmöglich behaupten. Hier eine tatsächliche Herrschaft annehmen, heisst, mit diesem Begriffe ein leeres Spiel treiben.

Wir haben also jedenfalls drei oder vier Fälle anzuerkennen, in welchen auch nach heutigem gemeinen Recht ein Besitzübergang anzunehmen ist, ohne dass eine tatsächliche Herrschaft für den Accipienten begründet wird. Das Herrschaftsprinzip ist damit mindestens durchbrochen; alles aber, was diesem Prinzip entgegen ist, kommt dem Successionsprinzip zu gute. Das schwerste Gewicht legt aber das abstrakte Konstitut zu Gunsten des Successionsprinzips in die Wagschale. Dass dieses Institut auf gemeinrechtliche Geltung auch h. z. T. noch allen Anspruch machen kann, hoffe ich nachgewiesen zu haben. Sein Charakter in der älteren Theorie und Praxis ist zur Genüge beleuchtet worden. Von Rolandinus bis Thibaut ist es eine blosse Formel gewesen, lediglich dazu bestimmt, die Vorschrift der Tradition zu umgehen. Es hat niemals eine andere Bedeutung gehabt, als die, den Traditionswillen des Veräusserers zur Erscheinung zu bringen. Dass das constitutum ein Fall des Besitzerwerbes durch einen Stellvertreter sei, hat man in der Theorie oft genug gesagt, aber hiernach gehandelt hat man so gut wie niemals. Fast niemals hat man bei der praktischen Handhabung des Instituts nach dem Stellvertretungswillen des Veräusserers gefragt. Und in der heutigen Praxis verhält sich die Sache nicht anders. Auch im heutigen Verkehr ist das abstrakte Konstitut weiter

nichts als eine Formel, die dann angewendet wird, wenn man die körperliche Tradition nicht vornehmen will oder nicht vornehmen kann. Niemals hat der Veräusserer den Willen, durch sein Verbleiben in der Detention seinem Mitkontrahenten den Besitz zu erwerben. Die Fortsetzung der Detention ist lediglich eine Folge der unterlassenen Tradition. In der heutigen Praxis wird, soweit sie das abstrakte Konstitut überhaupt anerkennt, nur darauf gesehen, ob der Traditionswille des Veräusserers vorhanden war, seinem Stellvertretungswillen wird keine Beachtung geschenkt. Das Aufkommen der Kausaltheorie ist durchaus erklärlich. Der Satz: Traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur, wird durch die Anerkennung des abstrakten Konstituts in sein Gegenteil verkehrt. Denn das abstrakte Konstitut ist ein pactum, die ältere Doktrin nannte es auch so. Aber bei dem Widerstreite zwischen dem in Rede stehenden Axiom und dem abstrakten Konstitut ist nicht ersteres, sondern letzteres Sieger geblieben. — Hat aber die Konstitutserklärung nur die Bedeutung einer Aeusserung des Traditionswillens, so liegt offenbar kein Grund vor, eine bestimmte Fassung dieser Erklärung zu fordern, es muss dann jede Aeusserung des Traditionswillens als constitutum gelten, oder, was dasselbe ist, die Besitz-, eventuell mit dieser die Eigentumsübertragung an die blosse, formlose Traditionserklärung geknüpft werden.

Damit hat die Entwicklung ihren Abschluss erreicht. Der Besitz geht über durch formlosen Vertrag zwischen Veräusserer und Erwerber, selbstverständlich nicht schon mit dem obligatorischen Vertrage, sondern erst mit dem auf den Besitzübergang gerichteten, dem dinglichen. Zwischen dem Besitzerwerbe mit und demjenigen ohne Zustimmung des bisherigen Besitzers ist damit eine scharfe Scheidung aufgerichtet, für den letz-

teren wird man allerdings Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses verlangen müssen[110]), der erstere ist hiervon unabhängig. Diese Scheidung entspricht aber der ganzen Entwicklung, niemals ist der einseitige Besitzerwerb dem Prinzipe nach mit dem zweiseitigen auf Eine Stufe gestellt worden; auch diejenigen, welche den Begriff der Potestas oder Kustodia für die Besitzerwerbslehre verwerten, verwenden ihn in der Regel nicht in gleicher Weise für den einseitigen, wie für den zweiseitigen Besitzerwerb. Einseitig wird der Besitz animo et corpore, zweiseitig solo animo erworben. Der blosse beiderseitige Wille ist es, welcher den Besitzübergang herbeiführt. Einige der zitierten Entscheidungen sagen dies im Grunde genommen auch[111]).

Es lässt sich ja freilich nicht behaupten, dass in unserem Jahrhundert die Entwicklung fortgeschritten ist, aber zurückgeschritten ist sie doch auch kaum. Es hat sich in der heutigen gemeinrechtlichen Praxis doch weit mehr aus der älteren Doktrin erhalten, als man dies so gemeinhin annimmt. Dass so häufig von einer „symbolischen Tradition“ die Rede ist, diesem von Savigny und der ganzen späteren romanistischen

[110]) Dem ist es nicht geradezu entgegen, wenn das Reichsgericht (III. C.S.) in der Entsch. vom 25. 11. 1887 (Entsch. Bd. XIX S. 214) ein constitutum possessorium seitens eines Detentors anerkennt. Falsch ist die Entscheidung aber. Ein constitutum possessorium durch einen Detentor ist gar nicht rezipiert worden. Dass der Konstituent juristischer Besitzer sein muss, ist auch von der deutschen Theorie und Praxis stets übereinstimmend angenommen worden, ist also ein Satz des Gewohnheitsrechts. Zweckmässig ist die Ansicht des Reichsgerichts auch nicht. Sie begünstigt nur Unterschlagungen. Die richtige Ansicht vertritt das O.A.G. Dresden in dem Urteil vom 16. 8. 1846 (Wochenbl. 1850 St. 42, 43 No. 72 S. 340).

[111]) Vgl. die Entsch. des O.A.G. Parchim vom 7. 6. 1819 (S. 394), des O.A.G. Wiesbaden vom 15. 7. 1840 (S. 368), des A.G. Dresden vom 13. 9. 1848 (S. 386 flg.) und vom 9. 7. 1863 (S. 364) und des sächsischen O.A.G. vom 22. 2. 1844 (S. 387).

Theorie tief in Acht und Bann gethanen Begriff, ist doch schon recht bezeichnend. In einem Erkenntnis des Berliner Obertribunals vom 7. Juli 1868 [112]) wird ferner ein suspensiv bedingtes Konstitut anerkannt. Ein Schuldner hatte mehrere ihm gehörige Pressen an seinen Gläubiger verkauft und sie zugleich wieder von ihm gemietet. Der Gläubiger hatte hierbei in einem Reverse erklärt, dass er einen Kaufpreis nicht bezahlt habe, und dass er den Kaufvertrag erst dann geltend machen wolle, wenn er zur Einlösung eines dem Schuldner gegebenen Acceptes über 2000 Gulden genötigt werden würde. Das Stadtgericht zu Frankfurt a. M. sah in dieser Vereinbarung eine Kreditierung des Kaufpreises bis zur Einlösung des Accepts, das Appellationsgericht nahm ein pactum de emendo an, das Obertribunal war der Ansicht, es liege ein suspensiv-bedingter Kaufvertrag und mit ihm ein suspensiv-bedingtes constitutum possessorium vor. — Auch ein constitutum von Sachen, welche der Konstituent erst erwerben wird, kommt im heutigen Verkehre häufig vor, insbesondere in folgender Gestalt: Ein Geschäftsmann erklärt, seine gesamten Vorräte für einen andern besitzen zu wollen, er erhält die Erlaubnis, das Geschäft weiter zu führen, verpflichtet sich aber, an Stelle der veräusserten Stücke andere anzuschaffen, die er ebenfalls nur im Namen des Erwerbers besitzen zu wollen schon jetzt verspricht. In drei obergerichtlichen Entscheidungen, des Obergerichts Wolfenbüttel vom 30. April 1866 [113]), des Oberappellations-

---

[112]) Frankfurter Rundschau 1868 S. 346 flg., Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft. N. F. Bd. VI, wo der Einsender (Stadtgerichtsrat Dr. Wolff in Frankfurt) erklärt (S. 298), grosse Bedenken zu hegen, ob dem Versprechen, erst in der Zukunft, mit dem Eintritt gewisser Ereignisse für den Käufer besitzen zu wollen, die Wirkungen eines constitutum possessorium beigelegt werden dürften. Vgl. auch die Entsch. des O.A.G. Rostock vom 20. 2. 1872 (oben S. 375 flg).

gerichts München vom 28. Januar 1868[114]) und des Oberlandesgerichts Hamburg vom 27. April 1882[115]), anscheinend den einzigen gedruckt vorliegenden Entscheidungen über diese Frage, wird einer solchen Konstitutserklärung indessen die Anerkennung versagt. Ob damit das ältere gemeine Recht, in welchem, wie wir sahen, ein constitutum von res futurae häufig war, als abrogiert anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben, da diese Frage mit der Anerkennung des Successionsprinzips nichts zu thun hat.

Dass das Resultat kein ganz einwandsfreies ist, habe ich von vornherein bemerkt, völlig sicher kann es schon deswegen nicht sein, weil wir von der Praxis, der älteren sowohl wie der heutigen, denn doch alles in allem viel zu wenig wissen. Aber unter den verschiedenen Möglichkeiten, die sich uns nach dem gedruckt vorliegenden Material ergeben haben, spricht am meisten für die Besitzübertragung durch Vertrag, die Succession. Man denke nur nicht, dass man bei Arbeiten, wie der vorliegenden, jemals zu einem glatteren Resultate gelangen wird. Man mache sich aber auch klar, wohin man denn eigentlich gelangt, wenn man ein Resultat, d. h. ein Gewohnheitsrecht, leugnet. Da ein Gesetzesrecht unbestritten nicht vorliegt, so steht man dann vis-à-vis de rien, mindestens gilt dies für diejenigen, welche eine Rezeption in complexu in Abrede stellen.

Also Succession in den Besitz, Besitzübergang durch blosse acceptierte Traditionserklärung das Prinzip des geltenden gemeinen Zivilrechts.

Allerdings nur Succession unter Lebenden, denn

---

[113]) Zeitschr. für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig. Jahrg. 13 S. 205.

[114]) Blätter für Rechtsanwendung. Ergänzungsbd. I S. 351.

[115]) Seuffert's Arch. Bd. XXXVII No. 192 S. 271.

eine Vererbung auch nur des durch constitutum possessorium erworbenen Besitzes, welche das vorsavigny'sche gemeine Recht allerdings anerkannte, wage ich für das heutige gemeine Recht nicht zu behaupten. Entscheidungen liegen zwar nicht vor, aber ich glaube, jeder gemeinrechtliche Richter würde die Vererbung des durch constitutum erworbenen Besitzes leugnen.

§ 4.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Man darf behaupten, dass die Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs über den Besitzerwerb mittels Uebergabe so ziemlich das gerade Gegenteil von dem sind, was man nach der ganzen Entwicklung erwarten sollte. Anstatt diese Entwicklung zum Abschluss zu bringen, wie es doch die Aufgabe eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs gewesen wäre, und wie es der Code civil für Frankreich gethan hat, hat man diese ganze Entwicklung ignoriert und ist zum reinen römischen Recht zurückgekehrt, d. h. zu denjenigen Rechtsprinzipien, welche man für die des reinen römischen Rechts hält. Anstatt die verschiedenen, in Deutschland bestehenden Rechtssysteme zu einer höheren Einheit zusammenzufassen, dasjenige, was diesen verschiedenen Rechtssystemen gemeinsam ist, zum Prinzip zu erheben, hat man Bestimmungen getroffen, die keinem dieser Rechtssysteme entsprechen und einen Rückschritt gegenüber allen darstellen. Der Code civil, der unter den Nachwehen einer gewaltigen Revolution vor dem Erblühen der historischen Schule geschaffen worden ist, hat weit geschichtlicher gedacht als der Entwurf, der im Lande und unter der fast unbestrittenen Herrschaft der historischen Schule unter ruhigsten Verhältnissen entstanden ist.

Ueber den Besitzerwerb im allgemeinen disponiert § 797:

> Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille),

und insbesondere über denjenigen „mittels“ Uebergabe § 803:

> Mittels Uebergabe wird der Besitz einer Sache erworben, wenn der Besitz von dem bisherigen Besitzer dem Erwerber eingeräumt und von diesem ergriffen wird.
>
> Die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, dass er den Besitz einräume, und die Willenserklärung des Erwerbers, dass er den Besitz ergreife, genügen für den Erwerb des Besitzes, wenn der Erwerber sich tatsächlich in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache beliebig auszuüben.

Tatsächliche Gewalt ist hiernach das Prinzip des Besitzerwerbes, sowohl des einseitigen, wie des zweiseitigen, des „konsensualen Besitzwechsels“, wie die Motive [116]) sagen. Denn auch der durch Tradition Erwerbende muss die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangen. Das, wovon er dispensiert wird, ist nur die Ausübung dieser Gewalt, die Vornahme einer Besitzhandlung; es ist nicht notwendig, dass er das Grundstück, über welches er die tatsächliche Gewalt erlangt hat, betritt, das Mobile ergreift [117]). Diese Gleichstellung des einseitigen und des zweiseitigen Besitzerwerbes [117a]) steht mit der ganzen bisherigen Entwicklung im Wider-

---

[116]) Bd. III S. 91.

[117]) Vgl. auch Motive S. 93.

[117a]) Strohal (Jhering's Jahrber. Bd. XXXI S. 27 flg.) fasst den § 803 im entgegengesetzten Sinne auf.

spruch. Stets ist der Besitzerwerb durch Tradition unter andere Rechtsnormen gestellt worden als derjenige durch Occupation. In allen deutschen Rechtssystemen wird die Uebergabe anders behandelt als der einseitige Besitzerwerb. In keinem ist zur Uebergabe Begründung tatsächlicher Gewalt [118]) unbedingt erforderlich [119]). Der Entwurf glaubt, das gemeine Recht sanktioniert zu haben, er gibt aber nur das offizielle gemeine Recht wieder. Dass das wirkliche gemeine Recht, das tatsächlich geübte, hiermit nicht übereinstimmt, haben wir gesehen. Also fort mit der Gleichstellung einseitigen und zweiseitigen Besitzerwerbes, fort mit dem Verlangen nach tatsächlicher Gewalt auch für den letzteren, und will man den Besitzübergang nicht in allen Fällen an die acceptierte Traditionserklärung knüpfen, dann Besitzübergang durch Traditionserklärung wenigstens bei Immobilien und, entsprechend dem östreichischen und französischen Recht, bei solchen beweglichen Sachen, deren körperliche Tradition mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten verbunden wäre. In diesen Fällen muss es den Parteien gestattet sein, die Tradition durch die Traditionserklärung zu ersetzen.

Das constitutum possessorium behandelt der Entwurf im § 805:

> Die Uebergabe einer in der Inhabung des Besitzers befindlichen Sache an einen andern kann,

---

[118]) Darüber, dass auch praktisch mit diesem Begriffe nichts anzufangen ist, siehe besonders v. Jhering, Besitzwille S. 477 flg.

[119]) Wegen des französischen Rechts vgl.:

Art. 1605: L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur, lorsqu'il a remis les clefs, s'il agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété.

Art. 1606: La délivrance des effets mobiliers s'opère ou par la tradition réelle ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

wenn der Besitzer auf Grund eines zwischen ihm und dem anderen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten, dadurch bewirkt werden, dass der bisherige Besitzer im Einverständnisse mit dem anderen diesem den Willen erklärt, die tatsächliche Gewalt fortan für denselben auszuüben.

Ist der bisherige Besitzer berechtigt, den anderen in Ansehung des Besitzerwerbes zu vertreten, so genügt zum Besitzerwerbe des anderen jede Handlung des bisherigen Besitzers, durch welche der letztere den Willen kundgibt, die tatsächliche Gewalt fortan für den anderen auszuüben.

Besonders schön stilisiert ist dieser Paragraph offenbar nicht. Die Quintessenz desselben ist, dass es zur Rechtsgültigkeit des Konstituts einer causa detentionis bedarf. Vom Standpunkte des Entwurfes lässt sich hiergegen kaum etwas sagen. In der Zulassung des abstrakten Konstituts hätte eine Zurücknahme des Verlangens nach tatsächlicher Herrschaft des Erwerbers gelegen. Dass die Ausschliessung des abstrakten Konstituts aber der ganzen bisherigen Entwicklung, dass sie allen in Deutschland bestehenden Zivilrechtssystemen zuwider ist, darf ebenfalls nicht übersehen werden. Das Konstitut genügt nicht, wenn sich der Erwerber auf den Satz: Hand muss Hand wahren, berufen will (§ 879), es genügt auch nicht zur Begründung des Faustpfandrechts (§ 1147 Abs. 3). Dass der Konstituent nicht nur Besitzer (vgl. auch § 813), sondern auch Inhaber der Sache sein soll, ist zwar konsequent, — denn eine causa detentionis wäre sonst nicht denkbar —, aber dem geltenden Recht ebenfalls nicht entsprechend.

Besitzt der Veräusserer durch einen anderen, so hat die Uebergabe körperlich oder durch Anweisung zu erfolgen. Ueber die letztere bestimmt § 804:

> Die in der Inhabung eines anderen befindliche Sache kann von dem Besitzer einem Dritten dadurch übergeben werden, dass der bisherige Besitzer den Inhaber anweist, die tatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, und dieser gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklärt. Der Besitz wird von dem Dritten nicht erworben, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht.

Sehr bedenklich ist hier jedenfalls der zweite Satz[120]). Er soll den Detentor dagegen schützen, dass sich durch den Besitzwechsel seine Lage ungünstiger gestaltet als zuvor (Motive S. 96 flg.). Dazu war es aber doch nicht notwendig, den Besitzübergang von der Zustimmung des Detentors abhängig zu machen, wie dies der § 804 tatsächlich thut. Es hätte genügt, zu bestimmen, dass der Besitzwechsel die Rechte des Inhabers nicht berührt. Die Motive halten eine solche Anordnung für unannehmbar, da sie der Natur des Besitzes als eines blossen Faktums widerspreche. Indessen: Erst kommt die Zweckmässigkeit und erst dann die Logik, das ist die erste Regel jeder Gesetzgebung.

Man hat in der Kritik des Entwurfes vielleicht manchmal vergessen, dass der ärgste Feind des Guten noch immer das Bessere gewesen ist, aber die Bestimmungen des Entwurfes über den Besitzerwerb durch Tradition sind nicht gut.

---

[120]) Vgl. gegen ihn namentlich Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXX S. 498 flg.; Gierke, Schmoller's Jahrb. Jahrg. 12 S. 282 flg.; Strohal, Jhering's Jahrber. Bd. XXXI S. 39 flg.






ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG SIGILLVM
VE RI TAS

